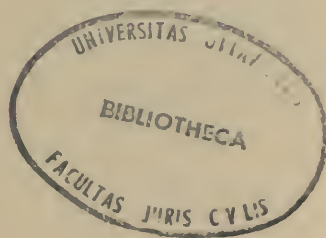
LE

DROIT CIVIL CANADIEN

I.



LE

DROIT CIVIL CANADIEN

BASÉ SUR LES

"REPETITIONS ECRITES SUR LE CODE CIVIL"

DE

FREDERIC MOURLON

AVEC

REVUE DE LA JURISPRUDENCE DE NOS TRIBUNAUX

PAR

P. B. MIGNAULT,

CONSEIL DE LA REINE

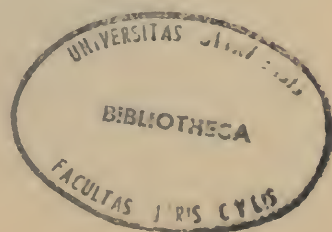
Auteur du "Manuel de Droit Parlementaire," du "Code de Procédure Civile Annoté" et du "Droit Paroissial."

TOME PREMIER.

CONTENANT UNE INTRODUCTION DOCTRINALE ET HISTORIQUE, LE TITRE PRÉLIMINAIRE DU CODE CIVIL ET LES TITRES DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS, DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL, DU DOMICILE, DES ABSENTS ET DU MARIAGE.

MONTRÉAL.
WHITEFORD & THÉORET, ÉDITEURS,
LIBRAIRIE GÉNERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
21, 23 et 25 Rue St Jacques, (près du Palais de Justice).

1895



PRÉFACE

L'ouvrage dont le premier volume est aujourd'hui présenté au lecteur, est plus qu'une compilation et moins qu'une œuvre originale. Comme son titre l'indique, c'est un traité du droit civil canadien basé sur *Les Répétitions écrites sur le Code Civil* de Frédéric Mourlon. Mais ce titre, comme tout titre laconique d'ailleurs, est incomplet et ne saurait donner une idée exacte de l'œuvre dont il est le frontispice, et c'est pour mieux l'expliquer que je prie le lecteur de parcourir les quelques lignes de cette préface.

On peut dire, sans exagération, qu'aucun pays ne possède une littérature légale comparable à celle de la France. Les grands ouvrages de Dumoulin, de Domat et de Pothier ont reçu leur couronnement dans le code Napoléon qui est l'expression concise et officielle de leur doctrine. Ce code, malgré ses défauts, est aujourd'hui le plus beau titre de gloire du grand homme dont il porte le nom. Dans la vue de ses auteurs, il devait résumer tout le droit civil de la France et mettre fin à des controverses séculaires qui divisaient les écoles et les docteurs. Mais en même temps qu'il fut le couronnement de la jurisprudence de l'ancien régime, il a été la base du droit nouveau. Sous ce dernier rapport, il a servi de texte à une pléïade de jurisconsultes qui ont cherché à en approfondir le sens, à en expliquer les enseignements et à en harmoniser les dispositions. De là, cette longue suite de commentateurs, parmi lesquels je puis signaler les grands noms de Toullier, de Demante, de Duranton, de Zachariæ, de Troplong, de Démolombe, d'Aubry et Rau, de Laurent et de tant d'autres qui sont la gloire de la France moderne.

A côté de ces grands noms de la science légale, nous trouvons d'autres auteurs qui se sont proposé une tâche plus humble mais

non moins utile. Leur but a été de former les générations nouvelles à l'étude du droit civil, et, à cette fin, ils ont fait une œuvre de condensation, si je puis m'exprimer ainsi. Ils ont composé des manuels destinés aux étudiants, et ces manuels offrent une expression concise et une condensation intelligente de la doctrine savamment élaborée dans les volumineux ouvrages des commentateurs du code Napoléon

Dans cette deuxième catégorie d'auteurs, Frédéric Mourlon a longtemps occupé la première place. Le but de son ouvrage était de résumer les cours qui se donnaient à l'Université de France. De là, le nom de "*Répétitions écrites*" qu'il a donné à son œuvre. On peut dire que, depuis vingt-cinq ans, son livre a été le *vade mecum* de l'étudiant et même de l'avocat, non-seulement en France, mais aussi en la province de Québec. On y trouve une exposition claire, concise et complète du droit civil français.

Mais si la littérature légale de notre mère-patrie est abondante, nous ne pouvons en dire autant de celle de notre pays. Il y a pour cela plusieurs raisons. Et d'abord le fait même de cette abondance et de l'excellence des commentaires du code Napoléon, nous permettait, jusqu'à un certain point, de nous dispenser de commenter nous-mêmes nos lois civiles qui sont calquées sur les lois civiles françaises. Ensuite, la circulation très limitée que nos ouvrages peuvent se promettre, puisque cette circulation, pour un ouvrage comme celui-ci, devra nécessairement se limiter à la province de Québec, n'était pas faite pour encourager auteurs et éditeurs à tenter l'entreprise.

Cependant, je ne puis passer sous silence le commentaire sur le code civil entrepris par le regretté juge, feu Thomas-Jean-Jacques Loranger, et qui est malheureusement resté inachevé, après que deux volumes en eurent été publiés. Cette œuvre, si elle avait été menée à terme, eût été un véritable monument dont le pays tout entier aurait pu, à bon droit, s'énorgueillir, et l'on ne peut que regretter qu'il n'ait été permis au savant magistrat de compléter l'ouvrage qu'il avait si bien commencé.

A part quelques autres traités spéciaux, peu nombreux, et certains articles publiés dans les revues de jurisprudence, nous n'avons absolument rien sur notre droit civil canadien. Il est vrai qu'on a annoté notre code civil des arrêts de la jurisprudence de nos tribunaux, et que ces ouvrages ont été d'un grand secours à nos praticiens. Je puis mentionner les travaux de M. E. Lef. de Bellefeuille, C. R., et de M. W. Prescott Sharp, qui sont remarquables à plus d'un titre et qui m'ont puissamment aidé dans la préparation de cet ouvrage. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il n'y a pas de traité général sur notre droit civil et bien peu de traités spéciaux.

Jusqu'à un certain point, ainsi que je l'ai dit, on pouvait, grâce à la littérature légale de la France, se passer d'ouvrages sur notre droit civil canadien. Car notre code civil, d'après l'ordre donné par le législateur lui-même aux codificateurs, est rédigé sur le même plan général, et contient, autant que cela a pu se faire convenablement, la même somme de détails sur chaque sujet que le code Napoléon. Mais il y a des différences de la plus haute importance entre les deux codes, des titres tout entiers sont tirés de notre législation particulière et d'autres ne reproduisent qu'une faible portion des dispositions des titres correspondants du code civil français. A cela, ajoutez des différences de détail, de phraséologie, la substitution d'un mot pour un autre, des variantes dans la reproduction même textuelle d'articles du code Napoléon, et on comprendra la difficulté qui entoure l'étude du droit en cette province. A chaque pas, il faut se défier des commentateurs qu'on étudie, se demander si l'article, jusque dans sa ponctuation, est identique, si, dans le cas d'identité textuelle, cette disposition n'est pas affectée par une autre disposition de notre droit ; et ce travail fait, il faut interroger la jurisprudence de nos tribunaux et rechercher si l'article reçoit ici la même interprétation judiciaire qu'en France. Ceux qui ont voulu étudier notre droit, en dehors de la préparation journalière de leurs causes, peuvent rendre compte du travail délicat, minutieux, microscopique même, si je puis m'exprimer ainsi, auquel ils ont dû se livrer.

Voilà, en quelques mots, la raison d'être de mon ouvrage. J'avouerai sans détour que je n'en ai pas conçu le plan moi-même ; j'ajouterai que j'aurais de beaucoup préféré présenter au lecteur un travail entièrement original. Mais j'ai compris qu'il fallait mettre de côté tout amour-propre d'auteur, quelque pardonnable qu'il soit d'ailleurs. J'ai également compris qu'on ne pouvait, même avec des dons et des connaissances qui me manquent malheureusement, songer à faire mieux que les jurisconsultes qui ont écrit en France, au milieu des écoles de droit et dans la conversation journalière des maîtres de la science légale ; que dans l'intérêt de la profession légale et des étudiants, il valait infiniment mieux faire pour eux le travail qu'ils étaient obligés de faire auparavant, et adapter un ouvrage connu et hautement apprécié à notre droit canadien.

Il ne restait plus qu'à choisir l'ouvrage qu'il s'agissait d'adapter à notre droit. J'ai dit que, depuis nombre d'années, Mourlon tenait la première place parmi ceux qui avait entrepris de condenser toute la doctrine dans un cadre restreint, afin de la rendre plus accessible à ceux qui voulaient l'étudier. Ce n'est pas à dire qu'il n'ait pas eu des imitateurs et même, dans la suite, des égaux. Dans ces dernières années il a paru un ouvrage de premier ordre, destiné lui aussi aux étudiants, et qui porte le nom de *Précis de Droit Civil.* L'auteur de cet ouvrage, M. Baudry-Lacantinerie, s'est du coup placé au premier rang des jurisconsultes, et son œuvre, qu'il appelle avec raison " une œuvre classique ", a vu sa popularité croître de jour en jour *(a).*

J'ai choisi l'ouvrage de Mourlon,—que je ne veux pas comparer à celui de M. Baudry-Lacantinerie, car toute comparaison est odieuse, — pour plusieurs raisons dont je n'indiquerai que deux. Et d'abord il contient de copieuses notes et références aux auteurs, tandis que M. Baudry-Lacantinerie, comme il le dit lui-même en sa préface, s'est fait une règle de ne pas rapporter les noms des

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie publie actuellement, avec le concours de plusieurs collaborateurs, un grand ouvrage intitulé: *Traité théorique et pratique du droit civil.* L'ouvrage tout entier, qui comptera au moins une vingtaine de volumes, sera terminé à la fin de 1896. Je le consulterai souvent dans la suite de ce travail.

auteurs à l'appui des opinions qu'il adopte ou qu'il combat, les doctrines tirant leur force des raisons qu'elles invoquent et non des auteurs qui les soutiennent. J'ai compris que ces références, dont l'étudiant peut se passer à la rigueur, sont d'une utilité suprême aux avocats qui ont souvent besoin de consulter, quelquefois à la hâte, le sentiment de plusieurs auteurs.

La seconde raison à laquelle j'ai fait allusion, c'est la disposition typographique du *Précis de droit civil*, grâce à laquelle l'auteur donne, souvent sur la même page, trois cours plus avancés les uns que les autres. Il aurait fallu respecter cette classification, qui est l'un des titres du livre à l'estime de l'étudiant, et la suivre dans les passages ajoutés. J'ai cru plus simple de choisir l'ouvrage de Mourlon, mais j'ai suivi pas à pas celui de M. Baudry-Lacantinerie, de sorte, qu'autant que la chose m'a été possible, je donne la substance de l'un, en même temps que je reproduis le texte de l'autre.

Je ne me suis pas astreint, plus qu'il ne fallait, à suivre le plan de Mourlon. Ainsi, j'ai quelquefois renversé l'ordre adopté par lui, quand cet ordre ne me paraissait pas logique. De plus, je ne l'ai pas imité dans trois choses qui sont une portion essentielle de son plan : la division de l'ouvrage en répétitions, les questions imprimées en marge et le numérotage. Il n'y avait pas lieu à diviser mon livre en répétitions, ni d'y insérer un questionnaire, car il ne vise pas un programme officiel d'études comme en France. Quant au numérotage, il était impossible de reproduire celui de Mourlon, à cause des changements nombreux apportés au texte, et je n'ai pas cru devoir en faire un moi-même.

Maintenant, pour rendre bien compte des reproductions que je fais du texte de Mourlon, je puis dire, d'une manière générale, que je reproduis intégralement ce texte chaque fois qu'il peut s'appliquer à notre droit. Quand il n'y est pas applicable, je substitue un passage qui rend compte de la doctrine de notre droit. Quelquefois, quand cette différence est de peu d'importance, je la signale par une note au bas de la page ou par quelques mots intercalés dans le texte. Je cite toujours l'ar-

ticle du code *(a)*, ce que Mourlon ne fait que rarement ; j'ai de plus comparé soigneusement le texte de ces articles avec celui de l'édition officielle du code civil, car certains codes qui circulent dans le public renferment bon nombre d'inexactitudes. En général, quand l'auteur formule une objection ou expose une théorie, j'évite de tronquer son argumentation pour la raison que certains de ses arguments sont sans application dans notre droit, mais pour ne pas induire le lecteur en erreur, j'ai le soin de faire constater immédiatement ce défaut d'application.

Ainsi, je n'ai pas fait une édition annotée de l'ouvrage de Mourlon, je n'ai pas reproduit tout son texte, sauf à faire remarquer, en note, les parties de ce texte qui sont inapplicables dans notre droit, mais j'ai pris dans ce texte ce qui peut faire pleine autorité en cette province. Ce n'est donc pas une édition annotée que je présente au lecteur, mais un ouvrage distinct basé sur l'œuvre de Mourlon.

En parcourant les différentes parties de ce premier volume, le lecteur pourra se rendre compte de ces reproductions. Ainsi, l'introduction, dans sa portion historique, est en partie double. Après avoir reproduit l'histoire de l'ancien droit français et de la confection du code Napoléon, d'après Mourlon, je donne, comme complément de cette étude historique, l'histoire de l'ancien droit canadien et de la confection de notre code civil. Le titre préliminaire est en partie reproduit, mais la plus grande portion du texte est originale. Le titre premier du livre premier ne contient que quelques lignes de Mourlon ; tout le chapitre *De la nationalité* et tout le chapitre *De la privation des droits civils* sont de moi. Le titre *Des actes de l'etat civil* fait de larges emprunts au titre correspondant de Mourlon, mais il y a de nombreux changements. Le titre presque entier *Du domicile* est reproduit. Quant au titre *Des absents*, j'ai également fait des emprunts considérables à Mourlon, mais j'ai dû tenir compte de différences essentielles

(*a*) Quand un article est cité sans indication d'un code, cet article appartient à notre code civil. Les articles du code de procédure civile ou du code Napoléon sont suivis d'une référence au code dont ils sont tirés.

qui séparent notre droit du droit français, ce qui a entraîné un travail original qui représente bien la moitié de ce titre. Je puis en dire autant du titre *Du mariage*, où il est question des empêchements au mariage de notre droit civil et du droit canon. En somme, plus d'un tiers de ce premier volume est original.

Ces changements, du reste, sont clairement indiqués par des signes typographiques. Ainsi, tous les passages ajoutés sont entre doubles crochets (*sic.* [[ ]]), ce signe se trouve également à la tête de chaque page où le texte primitif a été modifié. Les notes de Mourlon sont indiquées par des chiffres, les miennes par des lettres. Grâce à cet arrangement typographique, le lecteur pourra toujours connaître les changements qui ont été apportés au texte primitif ; aucun autre arrangement, tel qu'une différence de caractère, n'aurait pu faire, car souvent, un seul mot a été ajouté.

Je n'ai pas besoin d'insister sur la nature délicate de ce travail d'ajustage *(a)* ; pour pouvoir l'apprécier, il faut avoir soi-même tenté de le faire. Tel quel, le volume que je viens de terminer me semble énoncer la véritable doctrine de notre droit.

J'ai également résumé la jurisprudence de nos tribunaux qui n'est pas très abondante quant aux matières traitées en ce volume. Tout de même près de trois cents arrêts ont été cités, analysés, classés et quelquefois commentés.

Je dois également ajouter que le peu de titres que contient ce volume s'explique par la nécessité de faire une introduction en partie double et aussi par l'abondance et l'importance des matières qui devaient y être étudiées. J'espère n'avoir pas été coupable de longueurs là où je n'ai voulu être que complet. Toutefois, je

(*a*) Ce travail, je m'en suis aperçu en feuilletant ce volume, a ses écueils. Ainsi, à la page 334, j'ai conservé un des titres de Mourlon : " Section première—*Des empêchements dirimants*",—bien qu'il n'y ait qu'une seule section, et qu'il y soit question, dans mon ouvrage, des empêchements prohibitifs en même temps que des empêchements dirimants. Je puis également signaler, dans le texte de Mourlon, p. 287. le sous-titre " Exercice des *droits* actives et passives ", qui doit se lire " Exercice des *actions* actives et passives ".

Pour de semblables oublis et pour des négligences soit de style soit de correction typographique, je ne puis que réclamer l'indulgence du lecteur. Je n'ai pas cru devoir en faire un *erratum*.

crois que les autres volumes, ne présentant pas les mêmes difficultés, ne seront pas exposés à ce reproche.

Errare humanum est dit un vieux proverbe. Je ne me flatte donc pas d'être exempt de blâme sous ce rapport, mais je puis dire, en toute sincérité, que mes erreurs ont été inconscientes. Ma suprême ambition sera atteinte, si on me rend le témoignage d'avoir été utile, non seulement à mes confrères dans la profession légale, mais surtout à ceux qui aspirent à le devenir.

P. B. MIGNAULT.

Montréal, 15 janvier 1895.

TABLE DES MATIERES

CONTENUES

DANS LE PREMIER VOLUME

INTRODUCTION

LE DROIT CIVIL CANADIEN

LIVRE PREMIER

TABLE DES CAUSES

CITÉES

EN CE VOLUME (*a*)

A

(*a*) Les noms des corporations sont cités sous la lettre initiale de l'article qui les précède. Ainsi, *La banque du Peuple* se trouve dans les " L " et *The Canadian Pacific Co* dans les " T ".

C

D

(*a*) Cet arrêt a été infirmé en revision depuis que je l'ai cité. Voir R. J. Q., 6 C. S.

M

R

S

T

TABLEAU DES ABREVIATIONS.

Mots.

Al	Aliéna.
Arg. art	Argument tiré de l'article.
Ch	Chapitre.
Comp	Comparez.
D.	Digeste.
Dr civ	Droit civil.
L	Lex.
Liv	Livre.
n	Numéro.
p	Page.
Tit	Titre.

Ouvrages.

Bug	Bugnet.
C. C	Code civil.
C. N	Code Napoléon.
C. P. C	Code de procédure civile.
D., 90. 1. 150	Recueil périodique de Dalloz, année 1890, première partie, page 150.
Dem	Demante.
Demol	Demolombe.
Duc., Bon. et Roust.	Ducaurroy, Bonnier et Roustaing.
Dur	Duranton.
Laur	Laurent.
Marc	Marcadé.
Poth	Pothier.
Proud	Proudhon.
S., 92. 2. 330	Recueil périodique de Sirey, année 1892, deuxième partie, p. 330.
S. R. B. C.	Statuts refondus pour le Bas-Canada.
S. R. C. (sans date)	Statuts refondus pour le Canada, 1859,
S. R. C., 1886	Statuts revisés du Canada, 1886.
S. R. P. Q.	Statuts refondus pour la province de Québec.
Toull	Toullier.
Val. sur Proud	Valette sur Proudhon.
Zach	Zachariæ.

Rapports judiciaires Canadiens

P. R.................Pyke's Reports.
S. R ....Stuarts Reports.
M. C. R..............Montreal Condensed Reports.
R. de L..............Revue de Législation et de Jurisprudence.
L. C. R..............Lower Canada Reports.
L. C. J ....Lower Canada Jurist.
L. C. L. J...........Lower Canada Law Journal.
R. C ....Revue Critique.
R. L ....Revue Légale.
Q. L. R..............Quebec Law Reports.
L. N..................Legal News.
D. C. A...............Décisions de la cour d'appel (Dorion).
S. C. R ....Supreme Court Reports.
M. L. R., 1 S. C......Montreal Law Reports, 1 Superior Court.
M. L. R., 1 Q. B......Montreal Law Reports, 1 Queen's Bench.
R. J. Q., 1 C. S .....Rapports Judiciaires (officiels) de Québec, 1 cour supérieure.
R. J. Q., 1 B R.. ...Rapports Judiciaires (officiels) de Québec, 1 cour du banc de la Reine.

OBSERVATION.

Tous les articles cités sans autre indication appartiennent au code civil du Bas-Canada.

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER.—DÉFINITION DE LA LOI, DU DROIT ET DE LA JURISPRUDENCE.—DIVISIONS DU DROIT.

I. Définition de la loi. — La loi est *une règle établie par une autorité supérieure, à laquelle on est tenu d'obéir* (1). M. Portalis, dans son discours préliminaire sur le code civil, la définit : *la déclaration solennellé de la volonté du souverain sur un objet d'intérêt commun* (2).

On l'appelle *naturelle*, lorsqu'elle dérive nécessairement de la nature même de l'homme, c'est-à-dire lorsqu'elle a Dieu pour auteur; *positive*, quand elle émane d'un législateur humain.

Le mot *loi* vient du latin *ligare* (lier). C'est qu'en effet la loi *lie, oblige;* elle assujettit les personnes, par l'espoir des récompenses ou par la crainte des châtiments, à l'accomplissement de leurs devoirs. La récompense accordée à celui qui l'observe, la peine infligée à celui qui la viole, s'appellent *sanction* (3).

La loi *naturelle* a pour sanction l'espoir des récompenses divines, et la haute considération qu'on acquiert dans le monde quand on la respecte ; les remords de la conscience et le mépris public lorsqu'on la viole. La sanction des lois *positives* est plus énergique encore, plus directement et plus immédiatement coercitive : elle consiste soit dans la nullité des actes qu'elles prohibent, soit en certaines peines corporelles ou pécuniaires que subissent ceux qui s'en écartent (4).

On appelle souvent la loi, par une figure de langage, la *règle des actions humaines*, parce que, de même que la *règle* sert,

---

(1) MM. Duranton, t. I, n° 40 ; Valette, *notes sur Proudhon*, t. I p. 3. Comp. MM. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e édition, t. I, § 4, p. 6.

(2) " Il faut ajouter : *et de régime intérieur*, afin de distinguer la loi du traité " (M. Laurent, *Principes de droit civil français*, t, I, p. 50).

(3) Le mot *sanction* a encore un autre sens, comme on le verra un peu plus loin.

(4) *Legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos qui contra leges fecerint*, SANCTIONES *vocamus* (Institutes de Justinien, § 10 *De divisione rerum*).

dans les arts, à tirer, d'un point à un autre, la ligne la plus courte, c'est-à-dire *la ligne droite*, de même la loi trace à l'homme des préceptes qu'il doit suivre pour atteindre, sans dévier, le but vers lequel il doit tendre.

Enfin, on appelle encore la loi un *commun* précepte, *commune præceptum* (1), parcequ'il est de sa nature d'être le même pour tous.

— Les lois sont *impératives*, *prohibitives* ou *facultatives :*

Impératives, lorsqu'elles commandent une action : telles sont les lois relatives au payement des impôts, au service militaire ;

Prohibitives, lorsqu'elles défendent de faire tel ou tel acte ;

Facultatives, lorsque, sans ordonner ni défendre, elles se bornent à introduire un droit dont on peut, à son gré, user ou ne pas user. Ainsi, la loi qui permét de se marier, de tester, de contracter, à tel âge, est tout à la fois *facultative* et *prohibitive* : car, par cela même qu'elle permet de faire ces actes à telle époque, elle défend de les faire avant l'époque qu'elle détermine.

II. Définition du droit. — Philosophiquement, abstractivement parlant, le droit n'est pas l'œuvre des hommes : les législateurs humains ne le créent point. C'est un principe antérieur et préexistant, général, absolu, imprescriptible et invariable, parce qu'il tire sa source de la nature même de l'homme, qui ne change jamais. On le définit : *le fondement ou la raison première de la justice, le principe dirigeant des actions humaines, au point de vue du juste et de l'injuste.*

Cette définition, pour être complète et indiquer d'une manière exacte ce que c'est que le droit, aurait elle-même besoin d'être définie : il faudrait, en effet, préciser ce principe dirigeant des actions humaines, cette raison première de toute justice. Mais la solution de ce problème est étrangère à l'objet de nos études, elle appartient aux philosophes plutôt qu'aux jurisconsultes (2).

---

(1) Papinien, L. 1, D., *De legibus* (I, III).

(2) Suivant M. Cousin, la raison première de la justice consiste dans le *respect de la liberté de l'homme.*

Dieu confère à chacun le droit de faire tout ce qu'il veut, sous cette réserve que l'exercice de ce droit ne portera pas atteinte *au droit d'autrui.*

[[Cette énonciation, — si l'on veut définir la justice en général, — me paraît trop absolue. L'homme n'a pas le *droit* de faire tout ce qu'il veut sous la seule réserve de ne point blesser le droit d'autrui, si par *autrui* on entend ses semblables. Ce serait plus exact de dire que l'homme a le *droit* de faire ce qu'il veut, du moment qu'il respecte et accomplit ses *devoirs* envers Dieu, envers lui-même et envers ses sem-

— Considéré comme objet d'étude et dans son acception la plus large, le droit est l'ensemble systématiquement organisé des règles qui servent à distinguer le juste de l'injuste, le bien du mal ; ou, plus simplement, le droit est *la science de la justice.*

— Le mot *droit* vient du verbe latin *dirigere*, diriger : en traçant les règles du juste et de l'injuste, il dirige l'homme dans la voie qu'il doit suivre.

Selon les jurisconsultes romains, le mot *jus* (droit) dérive du mot *jussum* (ordre ou commandement). En se plaçant à ce point de vue, on le définit : *L'ensemble des lois que le législa-*

---

blables. C'est pour cette raison que la bible, quand elle parle d'un homme qui s'est acquitté scrupuleusement de ce triple devoir, l'appelle le *juste.*]]

L'homme qui use de sa liberté sans nuire à la liberté de son semblable est en paix avec lui-même et avec les autres ; il reste dans son droit ; il est *juste !* Dès qu'il entreprend sur la liberté des autres, il les déshonore et se déshonore lui-même ; il sort de son droit ; il est *injuste !*

La paix ne s'obtient que par le respect que les hommes se portent ou doivent se porter les uns aux autres ; c'est à ce titre qu'ils sont tous *égaux*, c'est-à-dire tous *libres.* La liberté consiste donc dans le développement régulier, dans le commerce paisible de toutes les libertés. Dès lors on peut définir le juste ou l'injuste : *le respect ou la violation de la liberté d'autrui.*

— Selon M. Oudot (*Premiers essais de philosophie du droit ; Conscience et science du devoir*), le droit est la science de la direction des actions humaines, au point de vue du juste et de l'injuste, c'est-à-dire la science du but de l'homme et des moyens de l'atteindre.

Le but de l'homme est double : comme être matériel, l'homme a pour but *sa conservation et son bien-être matériel ;* comme être intelligent et libre, il a pour but *son perfectionnement.*

Ainsi, recherche du bien-être matériel et du bien-être moral, tel est le but de l'homme. D'où pour lui droit et devoir de se *conserver*, droit et devoir de *s'améliorer.*

Ce qui est vrai de l'individu est vrai de l'espèce, car elle agit collectivement par les efforts des individus qui la composent. L'homme, n'étant borné ni par son intelligence, ni par ses sentiments, à la sphère de son individualité, est appelé à atteindre son but *individuellement* et *socialement*, c'est-à-dire conformément à l'ordre général dont il fait partie : il doit donc, tout en tendant au but qui le concerne individuellement, ne pas entraver le but des autres et leur prêter même des secours. D'où deux principes :

1° Egalité dans les droits que donne la création ; égalité dans les moyens de remplir les devoirs qu'elle impose ;

2° Devoir de charité.

Egalité et *charité*, tout le droit est là.

Ce système n'est que la paraphrase de ces préceptes éternels de toute justice :

Aime ton prochain comme toi-même ; ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas qu'on te fasse ; fais à autrui ce que tu veux qu'il te soit fait.

teur a promulguées pour régler les rapports des hommes entre eux. Philosophiquement, cette définition est inexacte : car les lois qui émanent des législateurs humains ne réalisent pas toujours le droit naturel tel que la philosophie le conçoit, c'est-à-dire le droit dans sa perfection : ainsi les lois autrefois établies contre les sorciers blessaient le droit au lieu de le consacrer, Mais, *judiciairement* parlant, je veux dire pour les magistrats, pour les juges, notre définition est irréprochable : pour eux, le droit consiste uniquement dans l'ensemble des lois que le législateur a établies pour régler les différends que le conflit des intérêts peut faire naître.

— Le droit naturel se confond avec la morale (1). Le droit positif, au contraire, s'en sépare sous plusieurs rapports :

1° La morale engendre des *devoirs ;* le droit positif, des *obligations.* Le *devoir* est une nécessité morale de faire tel acte ou de s'en abstenir, mais qui n'a de sanction que dans la conscience. L'*obligation* est une nécessité morale reconnue et sanctionnée par le législateur, qui, pour la faire respecter, met à la disposition de celui qui le réclame des moyens matériels de coercition (2).

2° Les lois de la morale sont obligatoires, indépendamment de toute promulgation, car la raison seule les révèle. Les lois positives, pouvant rester ignorées, ne deviennent, au contraire, obligatoires que par la promulgation qui les fait connaître.

3° Les lois que la morale enseigne sont *universelles :* elles obligent tous les hommes sans distinction. Les lois positives, au contraire, sont ordinairement *particulières* et *locales :* elles n'obligent que ceux qui habitent le pays où le législateur qui les a faites les a promulguées.

4° Les lois qui prennent leur source dans la morale sont *immuables ;* car, tenant à notre nature, elles ne changent jamais. Il n'en est pas de même des lois positives ! celles-ci sont *variables* et *changeantes,* puisque le législateur qui les a faites peut les modifier à son gré ou les abroger.

III. Définition de la jurisprudence. — La *jurisprudence* est la connaissance acquise du droit. Tel était du moins le sens que les Romains donnaient à ce mot (3). Mais aujourd'hui on l'entend communément dans une autre acception. On l'emploie pour indiquer l'habitude prise par un tribunal ou par

---

(1) Comp. M. Demangeat, *Cours élém. de droit romain,* t. I, p. 3 et suiv. de la 3e édition.
(2) M. Oudot.
(3) Inst. de Justinien, § 1 *De justitiâ et jure.*

plusieurs tribunaux d'interpréter et d'appliquer la loi d'une certaine manière. On dit en ce sens : *la jurisprudence des cours d'appel*, pour exprimer qu'elles ont rendu sur un même point plusieurs décisions uniformes. On dit encore : *un recueil de jurisprudence*, pour exprimer une collection d'arrêts et de jugements rendus par les cours et tribunaux.

IV. Différents sens du mot droit. — Ce mot a dans notre langue plusieurs acceptions. Il signifie :

1° L'assemblage systématiquement coordonné des règles du juste et de l'injuste. On le considère alors comme science, comme objet d'étude. Ainsi, *faire son droit*, c'est apprendre les règles au moyen desquelles on distingue le bien du mal, le juste de l'injuste ;

2° La loi elle-même. On l'emploie dans ce sens, lorsqu'on dit, par exemple, que telle décision d'un tribunal est *conforme au droit ;*

3° L'ensemble des lois de tel pays. On dit aussi : *le droit français, le droit romain ;*

4° La collection des lois d'une certaine espèce (droit civil, droit commercial, droit des gens) ;

5° Les facultés ou prérogatives que consacre la loi, telles que la faculté de tester, de se marier, de bâtir ou de ne pas bâtir sur son terrain ;

6° Ce que la loi ordonne, permet ou défend. Le mot *droit* est alors pris par opposition au mot *équité*. C'est ainsi qu'on dit souvent : cette décision, bien que *conforme au droit*, n'est pas *équitable* (1).

V. Divisions du droit. — Le droit se divise : 1° En *droit naturel* et *droit positif*. — Le *droit naturel* est l'ensemble de ces règles primitives qui, étant également senties et reconnues par tous les hommes, dans tous les temps, et dans tous les lieux, sont regardées comme gravées dans notre âme par la main de Dieu. Il est, en effet, certaines notions que la raison découvre, que nous savons et que nous n'avons jamais apprises, qui sont nées en nous et avec nous.

Le *droit positif* est l'ensemble des lois par lesquelles le législateur humain donne une sanction efficace aux préceptes du droit naturel en même temps qu'il en déduit les conséquences. Ainsi, il a pour but : 1° de faire connaître plus particulièrement les lois naturelles, en expliquant ce qu'elles peuvent avoir d'obscur ; 2° de leur donner un nouveau degré de force

---

(1) Comp. M. Demangeat, *Cours élém.*, *loc. cit.*

par les peines qu'il inflige à ceux qui les violent ; 3e de les accommoder aux mœurs du temps ; 4e de déterminer les formalités que nous devons suivre pour faire respecter et valoir nos droits.

Cette tâche semble facile. Cependant, soit que notre raison ne soit pas assez pure pour reconnaître avec certitude les préceptes de la loi naturelle, ou que notre cœur ne soit pas assez droit pour en déduire les conséquences nécessaires, soit que l'intérêt en obscurcisse la notion, les législateurs, après bien des efforts, cherchent encore la formule des lois naturelles. Ils scrutent, examinent, discutent, contredisent, poursuivant sans relâche la solution du problème éternellement posé à la créature par le créateur ; mais chacun le résout à sa manière, suivant son tempéramment, son âge, son éducation et mille autres circonstances. Le juste devient l'injuste, et réciproquement, suivant les temps et suivant les lieux. Les vieilles lois, abandonnées et méprisées, sont remises en honneur ; les lois nouvelles, estimées la veille, sont flétries le lendemain : si bien qu'il semble qu'on pourrait dire avec raison que rien n'est plus obscur, plus variable, plus local, plus arbitraire, que ce droit immuable et universel que Dieu a gravé dans le cœur de l'homme. En présence de ces variations législatives, l'esprit se trouble, un moment incertain. La vérité, se dit-il, est une invariable, éternelle : les lois positives ne sont pas l'expression de la vérité, puisqu'elles sont si changeantes et si souvent contradictoires ! Sont-elles donc l'œuvre du hasard, et le droit n'a-t-il jamais régné sur la terre ?

Cette conclusion serait bien affligeante si elle était vraie : mais il faut la rejeter sans hésiter. La mobilité des lois n'a rien qui doive nous surprendre ou nous affliger, car elle a sa raison d'être, et sa raison légitime. Si, dès l'origine, l'intelligence humaine avait pu atteindre la perfection dont elle est susceptible, les lois eussent été parfaites dès le principe ; elles seraient alors restées perpétuellement les mêmes. Mais l'homme n'a pas la perfection réalisée en lui de toute éternité : Dieu ne l'a fait que *perfectible*. Ce n'est que successivement, par degré et après de bien longues recherches, que, s'élevant vers la vérité, il perçoit la notion du juste. De là la mobilité de ses lois : ses idées sur la justice changent et se développent, à mesure que ses idées générales sur sa nature et sur sa destination sociale se rectifient et s'élargissent.

Le droit qu'il établit s'élève donc progressivement, c'est-à-dire proportionnellement aux connaissances qu'il acquiert : les

transformations de la législation ne sont que l'image des transformations qu'il subit lui-même. De même que chaque transformation marque un progrès dans son intelligence, de même chaque loi nouvelle marque une amélioration. Ainsi, à l'époque barbare où il était permis de massacrer impitoyablement les prisonniers de guerre, la loi qui créa l'esclavage pour les sauver de la mort réalisa un progrès véritable. Plus tard, elle fut elle-même jugée inhumaine et odieuse. Le servage, transformation adoucie de la servitude, disparut à son tour pour faire place au principe de l'égalité civile.

La science du juste est comme une alluvion qui se forme insensiblement, jour par jour, grain par grain. Il ne faut donc voir dans la mobilité de nos lois que la série des degrés que l'esprit humain a dû successivement gravir pour s'élever dans la science du juste, jusqu'au point qu'il occupe aujourd'hui. C'est ce qui fait dire à M. Oudot, dans ses *Premiers essais de philosophie du droit*, que le droit positif n'est qu'*un essai progressif* de la distinction du juste et de l'injuste ;... que le droit naturel est celui qu'il est souhaitable de voir transformer immédiatement en droit positif (1). On peut, en se plaçant à ce point de vue, définir le droit naturel : celui qui *paraît être plus épuré, plus parfait que le droit établi.*

Au reste, cette distinction entre le droit *naturel* et le droit positif n'est utile que scientifiquement parlant ; elle n'a en jurisprudence aucun côté pratique. Pour le jurisconsulte, pour l'avocat, pour le juge, un seul droit existe, le droit positif. Les lois naturelles ou morales, ne sont, en effet, civilement obligatoires qu'autant qu'elles ont été sanctionnées par une loi écrite. Les autres ne sont pas matière de droit, et le juge qui s'appuierait sur elles pour motiver ses décisions dépasserait les limites de ses pouvoirs. Au législateur seul appartient le droit de déterminer, parmi les règles si nombreuses et quelquefois si controversées du droit naturel, celles qui sont légalement obligatoires.

La règle que j'énonce résulte de l'article 1er [[du Code Napoléon]], aux termes duquel il n'y a de lois obligatoires que celles qui ont été promulguées dans les formes qu'il prescrit (2) (*a*).

---

(1) *Premiers essais*, p. 64 et suiv.

(2) Voy. *Chrestomathie* de M. Blondeau (Introduction, p. 12).

(*a*) Notre code civil ne reproduit pas en termes cet article. Il est certain, cependant, que nulle loi n'est obligatoire qu'à la condition d'être promulguée. Les premiers articles de notre code précisent l'époque à laquelle une loi est censée promulguée.

Elle est absolue en matière criminelle. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi est licite et ne peut être empêché. Nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Mais en matière civile, elle souffre une exception importante : l'*équité* ou le droit naturel peut, en effet, servir de base aux décisions judiciaires dans les cas où la loi le permet expressément (1) (*a*). C'est ce qu'elle fait dans les articles 429 et 1024.

2° En *droit civil* et *droit des gens.* — Le *droit civil* est l'ensemble des lois qui sont propres aux membres de la nation qui les a faites ; c'est le droit de la cité, le *jus civitatis.* Ainsi, notre droit *civil* (2) comprend toutes les lois qui sont spéciales aux [[citoyens de cette province. Ce n'est pas à dire que ces lois, ou la plupart d'elles, ne soient pas applicables aux étrangers qui se fixent et acquièrent leur domicile en ce pays, mais il n'en reste pas moins vrai que le propre du *droit civil,* en théorie et d'après le sens même du mot, c'est d'être le droit du *citoyen*]].

Le *droit des gens* est, dans chaque pays, l'ensemble des lois communes à tous les hommes, *étrangers* ou *nationaux.* Ainsi, chez tous les peuples, deux sortes de lois existent. Les unes sont propres aux membres de la nation qui les a faites : elles forment le *jus proprium civitatis,* le droit *civil.* Les autres sont applicables à tous les hommes, sans distinction de nationalités : elles forment le *jus commune gentium,* le *droit des gens* (3).

Les mots *droit des gens* ont une seconde acception : on les emploie pour exprimer ce qu'on appelle dans la langue moderne le *droit international,* c'est-à-dire l'ensemble des lois d'après lesquelles les nations, considérées comme individus, règlent leurs rapports entre elles. Ce droit a sa source soit dans les traités de paix, d'alliance et de commerce, par lesquels les nations s'imposent respectivement différentes obligations les unes envers les autres, soit dans les usages réciproquement observés entre

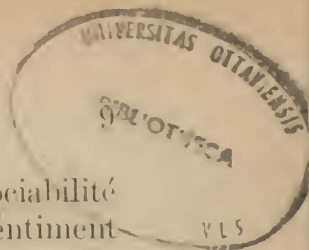
---

(1) Voy. M. Oudot, *Premiers essais,* p. 163.

(2) Je donne ici aux mots *droit civil* leur sens historique et scientifique, mais je dois faire remarquer qu'aujourd'hui, dans la science actuelle du droit, comme dans la pratique, les mots *droit civil* se prennent par opposition aux mots *droit public.* Le *droit civil,* c'est le *droit privé.* — On le prend aussi quelquefois par opposition au *droit commercial,* ou encore par opposition au *droit criminel.*

(3) Inst. de Justinien, §§ 1 et 2 *De jure nat., gent. et civ.* (I, II).

(*a*) L'article 1104 de notre code de procédure civile est un exemple du genre.



elles, soit enfin dans ces règles si essentielles à la sociabilité humaine qu'elles ont eu dans tous les temps l'assentiment unanime des peuples. Sa sanction consiste, d'une part, dans la force que chaque nation peut employer contre la nation qui le viole; d'autre part, dans la déconsidération universelle qu'entraîne toujours avec elle l'inobservation des préceptes que les peuples sont habitués à respecter.

3° En *droit public* et *droit privé.* — Le *droit public* règle les rapports des particuliers avec l'Etat; le *droit privé*, les rapports des particuliers entre eux.

En d'autres termes, les lois qui confèrent des *droits* ou imposent des *devoirs* aux particuliers envers l'Etat forment le droit public (1). Telles sont les lois qui sont relatives à la distribution des pouvoirs, à l'organisation de la puissance publique, celles qui règlent les élections ou qui déterminent les conditions nécessaires pour être admis aux emplois publics, toutes celles aussi qui ont pour objet la répression des attentats aux bonnes mœurs et à la sûreté de l'Etat.

Les lois qui confèrent des droits ou imposent des devoirs aux particuliers envers d'autres particuliers forment le *droit privé.*

Toutefois, il en est parmi elles qui, sous un certain rapport, forment un droit public *sui generis:* telles sont les lois qui sont relatives à la famille, qui constituent la puissance maritale, la puissance paternelle. Elles appartiennent évidemment au droit privé, puisqu'elles règlent des rapports *privés*, c'est-à-dire de particulier à particulier. Cependant elles sont aussi de *droit public;* car elles ont pour objet, non pas de purs intérêts pécuniaires, mais l'ordre général dans l'Etat, l'intérêt public (2). En nous plaçant à ce point de vue, nous appellerons *droit public* celui qui a *l'intérêt purement général* pour objet; *droit privé*, celui qui n'a trait qu'aux *intérêts privés.*

Ces deux espèces de droits doivent être distinguées. Le premier est au-dessus des conventions des particuliers; ils n'y

---

(1) Quoique les Chartes *constitutionnelles* de 1814 et de 1830 soient intitulées *droit public des Français*, néanmoins tout le monde reconnaît que l'expression *droit public* a un sens plus général que celui qu'on attache aux mots *droit constitutionnel.* Ainsi, les lois qui ont pour objet la répression des attentats aux bonnes mœurs ne sont pas des lois constitutionnelles, quoiqu'elles fassent partie du droit public. Le *droit constitutionnel* est proprement celui qui règle l'organisation intérieur de l'Etat et l'exercice des pouvoirs de la souveraineté. M. Oudot le définit : "Celui qui, traçant la ligne de démarcation entre les gouvernants et les gouvernés, détermine entre eux le rapport d'autorité et d'obéissance."

(2) M. Valette *sur Proudhon*, t. I, p. 7.

peuvent point déroger. Le second, au contraire, est susceptible de recevoir toutes les modifications qu'il plaît aux parties d'y apporter ; elles peuvent même y renoncer complètement (C. C., art. 13).

4° En *droit commercial* et *droit civil* (non commercial).— Le premier a pour objet les transactions commerciales ; le second règle tous les faits qui ne constituent point des actes de commerce.

5° En *droit déterminateur* et *droit sanctionnateur*. — Le droit *déterminateur* donne les règles du juste et de l'injuste. Le droit *sanctionnateur* le fait observer, par les peines qu'il inflige à ceux qui le violent, ou par les récompenses qu'il accorde à ceux qui s'y soumettent (1). Les lois *criminelles* appartiennent au droit sanctionnateur. La théorie des *preuves* organisée à l'usage de ceux qui réclament des droits méconnus en fait également partie. On en peut dire autant de la *procédure*, qui trace la marche qu'on doit suivre lorsqu'on veut faire respecter son droit.

6° En *droit écrit* et *droit coutumier* (ou *non écrit*). — Cette division ne se rattache pas au fait matériel de l'écriture. Une loi peut être *écrite*, bien qu'elle ne soit pas constatée par l'écriture, et, réciproquement *non écrite*, bien qu'un écrit la constate.

La loi *écrite* est celle qui a été proposée, discutée, acceptée expressément par le législateur et promulguée ; peu importe qu'elle soit ou non constatée par écrit. La loi *non écrite* est celle qui s'est introduite *tacitement* par la coutume, c'est-à-dire par un usage généralement observé ; peu importe que cette coutume soit ou ne soit pas constatée par écrit.

Ainsi, le droit *écrit* est celui qui résulte de la volonté *expresse* du législateur ; le droit *non écrit* est celui qui résulte de sa volonté *tacite*, manifestée par la tolérance qu'il accorde aux usages constants et généraux (2).

Cette distinction a joué un grand rôle dans notre ancienne jurisprudence. Nous verrons bientôt, en effet, que la France avait autrefois deux législations bien distinctes, le droit *non écrit* ou *coutumier*, dans le Nord, le droit *écrit*, dans le Midi. Mais aujourd'hui nous n'avons plus que des lois écrites. [[Il

(1) M. Oudot, *Premiers essais*, p. 72.

(2) *Constat jus nostrum aut ex scripto aut ex non scripto.... Ex non scripto jus veni, quid usus comprobavit : nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur.* Institutes de Justinien, §§ 3 et 9 *De jure nat., gent. et civ.* (I, II.)

n'est pas vrai, cependant, de dire, en cette province du moins, que]] les anciennes coutumes ont été abrogées; [[Ainsi que je le dirai plus loin, la coutume de Paris, qui avait force de loi ici, n'est pas rappelée. Elle est codifiée dans notre code civil, et ce n'est que lorsque le code déroge expressément ou implicitement à ses dispositions, qu'elle se trouve abrogée]]; quant aux usages nouveaux, si persévérants, si généraux qu'ils soient, ils n'acquièrent point force de loi *(a)*. Les juges ne peuvent appuyer sur eux leurs décisions que dans les cas spéciaux où la loi écrite s'y réfère expressément. Je reviendrai sur ce point, lorsque je traiterai de l'abrogation de la loi.

CHAPITRE II. — DES SOURCES DU DROIT FRANÇAIS ET CANADIEN. — HISTORIQUE DES POUVOIRS LÉGISLATIVES. — CONFECTION DU CODE NAPOLÉON ET DU CODE CIVIL CANADIEN.

Le droit français se divise historiquement en trois parties; [[il ne s'agit pas, pour le moment, du droit canadien.]]

La première comprend tous les actes législatifs, ordonnances, coutumes et arrêts de règlement, qui ont existé depuis le commencement de la monarchie jusqu'au 17 juin 1789, époque de la *Déclaration* de l'Assemblée nationale: c'est le *droit ancien;*

La seconde, toutes les lois qui ont été rendues depuis le 17 juin 1789 jusqu'à la promulgation des différents titres composant le code civil: c'est le *droit intermédiaire;*

La troisième, les cinq codes français (codes civil, de procédure, de commerce, pénal et d'instruction criminelle) et toutes les lois postérieures; c'est le *droit nouveau (b)*.

(*a*) Je laisse cette expression d'opinion dans le texte, sauf à discuter la question plus loin.

(*b*) Notre droit civil canadien se divise plutôt en deux parties: le *droit ancien*, c'est tout ce qui précède le code civil, et le *droit moderne*, c'est le code civil et les lois subséquentes qui en ont changé les dispositions. Il faut cependant remarquer que notre code civil est censé être la reproduction du droit ancien, partout où l'on n'indique pas une disposition comme étant de droit nouveau.

§ 1er. — Droit ancien.

[[(a) *Droit français* (a).]]

L'ancienne France est régie par trois législations différentes: les ordonnances royales, les coutumes, le droit romain (1).

I. Des ordonnances. — Le terme *ordonnance* vient du latin *ordinare*, qui signifie *ordonner*, c'est-à-dire arranger quelque chose, y mettre l'*ordre* ; et, en effet, les lois, par leurs dispositions, mettent l'ordre dans la société. Du latin *ordinare* on a fait *ordinatio*, d'où l'on a formé le terme français d'*ordenance* ou *ordonnance*. Quoique, dans l'origine, ce terme ne signifiât qu'*arrangement* ou *ordre*, néanmoins, comme ces arrangements ou dispositions émanent d'une autorité souveraine, on a fini par attacher au mot *ordonnance* l'idée d'une loi *impérative:* les ordonnances sont donc des commandements ou ordres que le roi donne à ses sujets.

On les divise en *ordonnances proprement dites* (2), *édits*, *déclarations* et *lettres patentes.*

Bien que ces dénominations soient souvent employées l'une pour l'autre, elles expriment cependant des idées différentes.

Les *ordonnances proprement dites* embrassent ordinairement *plusieurs matières*, ou du moins contiennent des règlements *généraux.*

Les *édits*, au contraire, ne sont que des règlements sur un point *spécial.*

Les *déclarations* sont, en général, données soit pour inter-

---

(1) Les lois de l'Eglise, dont quelques-unes étaient observées en France, formaient une quatrième espèce de droit, connue sous le nom de *droit canonique.* Ce droit, pris dans son sens général, est un ensemble de préceptes tirés de l'Ecriture sainte, des conciles, des décrets ou constitutions des papes, et enfin des sentiments des Pères de l'Eglise. Il a principalement pour objet d'établir la discipline de l'Eglise et la règle de sa foi. On l'appelle *canonique* du mot *canon* qui signifie règle.

(2) Sous les rois de la première et de la deuxième race, on les appelait *capitulaires*, parce qu'elles étaient divisées en chapitres, ou plutôt en articles, appelés *capitula.* Les capitulaires de Charlemagne forment un cours complet de législation politique, ecclésiastique, militaire, civile et économique.

(*a*) Je dis ici *droit français*, parce que je parlerai plus loin du droit ancien *canadien.* Le droit ancien français ira jusqu'en 1663, date de l'établissement du conseil souverain de Québec. Naturellement le vieux droit français et le droit canadien antérieur au code civil comptent, historiquement du moins, dans le droit ancien.

préter les édits et ordonnances, soit pour en étendre ou en restreindre les dispositions.

Les *lettres patentes* sont les actes par lesquels le roi concède un privilège ou ordonne aux tribunaux l'exécution d'un arrêt du Conseil d'État. On les appelle *patentes*, parce qu'à la différence des lettres *de cachet*, qui sont *closes*, celles-ci sont *ouvertes*.

Les ordonnances, édits et déclarations ont cela de commun, qu'ils émanent tous de la volonté du roi. Mais la volonté royale suffit-elle pour leur donner force obligatoire ?

Il nous faut, avant de répondre à cette question, dire quelques mots des *États généraux* et des *Parlements*.

Les *États généraux* sont des assemblées composées des députés choisis parmi les trois ordres reconnus dans l'État : la noblesse, le clergé et le tiers état.

On les appelle *États* parce qu'elles représentent les différents *États* ou *ordres* de la nation; États *généraux* parce qu'elles représentent la nation entière, à la différence des États particuliers ou *provinciaux*, qui ne représentent qu'une province.

Les *États provinciaux* constituent un privilège particulier à certaines provinces appelées *pays d'États*. Ils s'assemblent tous les trois ans. On y discute l'impôt; on y fixe les sommes à payer au souverain.

Les *États généraux* forment le conseil public des rois. On y traite de la police publique, de la paix et de la réforme des lois, des procès criminels des grands, et autres affaires majeures. Mais le roi, dont ils gênent l'autorité, ne les convoque qu'à de rares intervalles et dans des circonstances solennelles

Quelques historiens ont très improprement qualifié d'*États généraux* les assemblées de la nation qui, sous les rois de la première race, se tenaient en plein *champ* le premier jour de *mars*, et, plus tard, le 1er *mai*, d'où elle furent appelées *Champ de mars* ou *de mai*, et qui prirent, sous le règne de Pepin, le nom de *Parlements*.

Les anciens parlements, dont celui de Paris et tous les autres tirent leur origine, ne sont point des *États généraux* proprement dits. Composés d'abord des nobles de la nation, ils furent ensuite réduits aux grands du royaume et aux magistrats qui leur furent associés. Le clergé ne formait pas encore un ordre à part; les prélats ne furent admis qu'en qualité de grands vassaux de la couronne. Quant au *tiers état*, on ne le connaissait pas alors: les *serfs*, d'où il est sorti en grande partie, n'avaient aucune part aux affaires du royaume. Il ne commença à se former que sous Louis le Gros, par l'affranchissement

des serfs, qui devinrent ainsi bourgeois du roi et des seigneurs, qui les avaient affranchis.

Devenu libre, le peuple voulut avoir part au gouvernement de l'État. Les rois, afin de balancer le crédit des autres ordres, devenus trop puissants, l'élevèrent peu à peu en l'admettant aux charges. Il n'y eut cependant pas, jusqu'au temps de Philippe le Bel, d'autres assemblées que celles dont je viens de parler.

Philippe le Bel, fort embarrassé dans ses démêlés avec le pape Boniface VIII, eut besoin du peuple : il chercha à se l'attacher, en l'admettant à l'assemblée qu'il convoqua le 23 mars 1301. C'est donc lui qui le premier a convoqué de véritables *États généraux*, c'est-à-dire des assemblées composées des trois ordres reconnus dans l'État (1). Ils furent convoqués pour la dernière fois, le 5 mai 1789, plus de cent soixante-quinze ans après la précédente assemblée, qui eut lieu en 1714 (2) *(a)*.

Les *Parlements* (3) sont des cours souveraines et permanentes, composées d'ecclésiastiques et de laïques, établies pour rendre la justice en dernier ressort au nom du roi, en vertu de son autorité et comme s'il était présent.

On en compte douze dans le royaume. Celui de Paris est le plus ancien. On l'appelle indifféremment *la Cour du roi, la Cour de France, la Cour des pairs*. C'est lui qu'on entend désigner lorsqu'on dit *le Parlement*, sans aucune autre indication.

Le roi le préside quelquefois. On y enregistre les édits ou

---

(1) Les représentants du tiers état, relégués dans un coin de la salle, ne pouvaient exprimer leurs plaintes qu'à genoux, tandis que les deux premiers ordres se tenaient debout autour du trône. C'est à peine aujourd'hui si notre esprit peut comprendre ces distinctions.

(2) En 1651, Louis XIV ordonna la convocation des Etats généraux ; mais cette assemblée n'eut pas lieu. Elle avait été demandée par les puissances alors en guerre avec la France. Leur manifeste contient ces paroles remarquables : " Le pouvoir *despotique* est la source des guerres interminables de la France, et, tant que le roi sera le maître absolu, il sera insatiable de conquêtes ; mille revers ne l'étonneront pas. " Louis XIV répondit : " Les Français ont oublié qu'il y a eu des Etats généraux dans la monarchie, et il y aurait imprudence à les en faire souvenir. "

(3) Mot dérivé, avec contraction, de *parabolamentum*, *colloque* ou *pourparler*.

(*a*) Il est curieux de remarquer qu'un des plus grands gouverneurs de la Nouvelle France, Frontenac, avait songé à convoquer des Etats généraux en ce pays. Voir à ce sujet mon *Manuel de droit Parlementaire*, pp. 33 et suivantes.

ordonnances; on y juge les grands vassaux; on y débat les grandes affaires.

Cela posé, revenons à la question que nous avons laissée de côté: à qui appartient le pouvoir législatif?

Il n'est pas douteux qu'il n'appartienne au roi et aux États généraux, lorsqu'ils sont assemblés. Les décisions des États, sanctionnées, c'est-à-dire acceptées et ratifiées par le roi, font loi dans tout le royaume : *Lex fit consensu populi et constitutione regis.*

Mais les États généraux ne sont point permanents; le roi, qui les redoute, ne les assemble qu'à de longs intervalles. De là cette question : en l'absence des États généraux, qui fait la loi?

Si nous ne consultions que les termes des ordonnances, édits et déclarations, nous répondrions: le roi, le roi tout seul! Tous les actes législatifs contiennent, en effet, après un préambule ou exposé des motifs, cette formule souveraine : " *A ces causes, de l'avis de notre Conseil, et de notre pleine autorité.*" La formule non moins absolue qui les termine : *Tel est notre bon plaisir*, montre mieux encore que le pouvoir du roi n'admet pas de contrôle: " Si veut le roi, si veut la loi ", disent les vieux auteurs (1).

Cela n'allait pas tout seul, cependant. A tort ou à raison, les Parlements, auxquels appartenait le droit d'enregistrer les édits et les ordonnances du roi, prétendaient que ce droit emportait pour eux la faculté de lui faire des remontrances, de discuter et contrôler ses ordonnances, de les modifier et même d'en suspendre ou d'en refuser l'exécution. Ils partaient de cette idée : " Les États généraux ont, avec le roi, le pouvoir législatif; or, en leur absence, les Parlements en tiennent lieu ". De là le titre d'États généraux *au petit pied* qui leur fut donné.

Ainsi, l'enregistrement des ordonnances du roi ne fût pas considéré comme une simple formalité; il devint un élément de la loi, une forme essentielle de la législation. Les Parlements refusaient-ils unanimement l'enregistrement d'une ordonnance : la volonté du roi n'avait pas force de loi. L'enregistraient-ils unanimement: elle était universelle et obligatoire dans tout le royaume. Enregistrée par quelques-uns d'eux seulement, elle était obligatoire dans le ressort des Parlements qui l'avaient acceptée, et non avenue partout ailleurs.

La royauté contesta souvent, ainsi que l'attestent les lettres

(1) *Institutes coutumières* de Loysel, liv. I, tit. I, n° 1.

de *jussion* et les *lits de justice*, ce pouvoir des Parlements. Lorsqu'ils refusaient d'enregistrer les ordonnances qui leur étaient présentées, le roi ne se rendait pas toujours aux remontrances qui lui étaient faites. Y avait-il égard, il retirait son ordonnance; persistait-il, il envoyait au Parlement des *lettres de jussion* portant *ordre d'enregistrer*. En cas de résistance, le roi se rendait au Parlement et y tenait un *lit de justice* (1), c'est-à-dire une séance solennelle qu'il présidait lui-même : il exigeait alors l'enregistrement qu'il avait sollicité, et, comme il était accompagné de la force armée, le Parlement cédait presque toujours. S'il persistait dans ses remontrances, s'il refusait d'exécuter l'ordonnance qui lui avait été présentée, on l'exilait, et il finissait par se soumettre.

Les Parlements jugeaient quelquefois par voie de disposition *réglementaire et générale*, en rendant des arrêts qui faisaient pour l'avenir loi dans tout le ressort, tant qu'ils n'étaient pas cassés par le roi, en son Conseil. Ces arrêts étaient rendus en séances solennelles. On les appelait arrêts de *règlement*, parce que, contenant la déclaration que le Parlement jugerait désormais dans le même sens les questions semblables à celle sur laquelle il venait de statuer, *il réglait l'avenir (a)*. On peut les comparer aux édits que les préteurs romains publiaient en entrant en charge, et par lesquels ils modifiaient le droit civil. Ce sont de véritables *lois ;* mais, comme chaque Parlement n'avait d'autorité que dans sa province, ses arrêts de règlement n'avaient en dehors de son ressort aucune force obligatoire (2).

---

(1) Ces expressions, prises dans leur sens littéral, signifient le trône où le roi était assis, lorsqu'il présidait le Parlement. Ce trône était composé d'un dais et de coussins ; et, comme selon l'ancien langage un siège surmonté d'un dais se nommait un lit, on appela *lit de justice* le trône où le roi siégeait au Parlement. Cinq coussins formaient ce lit. Le roi était sur l'un ; un autre lui tenait lieu de dossier ; deux autres servaient de soutien aux bras du monarque ; le cinquième était sous ses pieds. — Quelques personnes affirment plaisamment que les séances solennelles du Parlement présidées par le roi s'appelaient *lits de justice*, parce que la justice y dormait.

(2) Les arrêts de règlement avaient un avantage : en fixant le droit pour l'avenir, ils sauvaient aux parties les frais de l'appel. Mais ils offraient une anomalie fâcheuse, le spectacle d'un pouvoir à la fois *judiciaire* et *législatif*.

Partout où cette confusion se rencontre, la liberté est compromise.

(*a*) Plusieurs de ces arrêts de règlements sont cités devant nos tribunaux dans les affaires ecclésiastiques ou paroissiales. Témoins, les arrêts de règlement de St Jean-en-Grêve et de St Louis-en-l'Ile ; on les prend en ce cas comme l'expression de la jurisprudence de l'époque.

Parmi les ordonnances royales qui furent enregistrées par tous les Parlements, et qui, en conséquence, devinrent obligatoires dans toute la France, je citerai :

Sous Louis XIV, les ordonnances :

De 1667, *sur la procédure civile.* — Cette ordonnance peut servir à expliquer plusieurs dispositions de notre code de procédure *(a)*;

De 1669, *sur les eaux et forêts.* — Elle a été fondue dans le code forestier français ;

De 1670, *sur la procédure criminelle.* — Les rédacteurs des cinq codes français ne lui ont fait que de rares emprunts ;

De 1673, *sur le commerce ; (b)*

De 1681, *sur la marine.* — Les ordonnances du commerce et de la marine ont été reproduites, en grande partie, dans le code de commerce français.

Sous Louis XV, les ordonnances :

De 1731, *sur les donations ;*

De 1735, *sur les testaments.* — Ces deux ordonnances ont servi de base au titre *des donations et testaments* dans notre code civil ; elles sont dues au chancelier d'Aguesseau ;

De 1747, *sur les substitutions (c).*

Sous Louis XVI, les ordonnances :

De 1779, portant *abolition du servage et de la mainmorte* pour les domaines du roi ;

De 1780, consacrant l'*abolition de la question préparatoire (d).*

II. Des coutumes. — III. Du droit romain. — Les ordonnances, on le conçoit, ne contenaient pas le droit tout entier. Les points qu'elles réglaient étaient même peu nombreux. Quel autre

---

(*a*) L'utilité de l'ordonnance de 1667 est encore plus grande ici. C'est la source principale de notre code de procédure et ses dispositions non abrogées sont encore en vigueur.

(*b*) Cette ordonnance n'a pas été enregistrée au greffe du conseil souverain et, partant, suivant l'opinion qui a prévalu dans la jurisprudence, n'a jamais eu force de loi ici.

(*c*) Ces trois ordonnances de Louis XV n'ont pas été enregistrées ici, ce qui n'a pas empêché les codificateurs de les citer parmi les autorités auxquelles ils refèrent sous les articles du titre des *Donations entre vifs et testamentaires.* Voyez notamment les articles 757, 758, 776, 777, 778, 779, 782, 784, 804, 805, 806, 807, 810, 811, 812, 818, 819, 820, 821, 824, 825, 826, 898, 926, 930, 931, 935, 936, 940, 941, 942, 946, 951, 960, 979. Il ne faudrait pas, cependant, exagérer la portée de cette référence aux ordonnances.

(*d*) Il ne peut être question de ces ordonnances dans notre droit, car elles sont subséquentes à la cession du Canada.

droit suivait-on donc dans les cas qu'elles n'avaient pas prévus ? Il faut à cet égard distinguer :

1° Les pays de *droit coutumier*, ou les provinces du Nord ; 2° les pays de *droit civil*, ou les provinces du Midi.

Au Nord, c'est la coutume qui est la loi ; c'est elle qui forme le droit commun. S'il se trouve quelque cas qu'elle n'ait pas prévu, mais qui se rattache aux matières qu'elle a réglées, on le juge par la coutume voisine, ou par l'esprit général du droit coutumier ; que si ce cas, sur lequel la coutume est muette, est complètement étranger aux matières qui font l'objet du droit coutumier, on le juge d'après les règles du droit naturel, et, comme ces règles abondent dans le droit romain, on y peut recourir et le consulter comme *raison écrite*. Ce n'est pas alors une *loi*, une *règle civilement obligatoire*, qu'on invoque ; la loi romaine n'a d'autorité que celle qu'elle emprunte elle-même à l'équité naturelle : les juges ne sont donc pas obligés de s'y soumettre (1).

Au Midi, au contraire, le droit romain est observé comme coutume et y tient lieu de loi (2) ; il a la même autorité qu'ont les coutumes du Nord de la France. Lorsque la loi romaine est muette, on recourt alors à la coutume.

Les *coutumes* sont des lois qui dans l'origine n'ont pas été écrites, mais qui se sont établies par le consentement tacite du peuple, c'est-à-dire par l'usage universel et persévérant qu'on en a fait.

Elles sont *générales* ou *spéciales*. Les premières s'observent dans une province entière. On en compte environ soixante *(a)*. Les secondes sont propres à un bailliage, à une paroisse, à une ville. Le nombre n'en est pas bien connu : selon Ferrière, il y en aurait eu plus de trois cents.

" Cette diversité de coutumes, dit l'abbé Fleury, devint fort embarrassante lorsque les provinces furent réunies sous l'obéissance du roi et que les appellations au Parlement devinrent

---

(1) Dans certaines provinces, cependant, le droit romain, à défaut de coutume, a force de loi.

(2) Il faut ici entendre par *droit romain*, non pas la loi romaine dans sa pureté primitive, mais le droit romain du Bas-Empire, avec les modifications que lui avaient fait subir les usages locaux et la jurisprudence des Parlements.

(*a*) La *Coutume de Paris*, probablement la plus célèbre de toutes celles de la France, était une coutume générale. Elle était en vigueur lors de la confection du code civil en cette province et l'est encore pour les dispositions non abrogées. C'est même la principale source de notre code civil.

fréquentes : car, comme les juges d'appel ne pouvaient pas savoir toutes les coutumes particulières, et qu'elles n'étaient point écrites en forme authentique, il fallait ou que les parties en convinssent ou qu'elles en fissent preuve par témoins ; de sorte que toutes les questions de droit se réduisaient en faits, sur lesquels il fallait faire des enquêtes par *turbes* (1), fort incommodes pour la dépense et pour la longueur. De plus, ces enquêtes n'étaient pas un moyen sûr de savoir la véritable coutume, puisqu'elles dépendaient de la diligence ou du pouvoir des parties, de l'expérience et de la bonne foi des témoins. Ainsi, il se trouvait quelquefois preuve égale de deux coutumes directement opposées, dans un même lieu, sur un même sujet. On peut juger combien cette commodité de se faire un droit tel qu'on en avait besoin faisait entretenir de faux témoins, et combien l'étude de la jurisprudence était ingrate...(2)"

L'écriture était le seul moyen de fixer les coutumes et de les rendre certaines, malgré leur diversité. On jugea donc nécessaire de les consigner dans des écrits authentiques et solennellement rédigés. Le dessein en fut formée sous Charles VII, qui ordonna que toutes les coutumes seraient écrites et accordées par les praticiens de chaque pays, puis examinées par le grand Conseil et le Parlement. Cette rédaction fut lente et difficile ; elle ne fut achevée que plus de cent ans après la mort de Charles VII.

On pourrait croire qu'à partir de cette époque les coutumes tirèrent leur autorité de la volonté des rois qui en ordonnèrent ou en firent la rédaction. Mais l'histoire de notre droit nous apprend qu'on ne les rédigea pas dans un but d'innovation et afin de leur attirer une nouvelle force obligatoire ; on voulut simplement les rendre plus certaines en les confiant à l'écriture et mettre ainsi un terme au scandaleux abus des enquêtes par *turbes*.

En résumé, voici quelle était la législation de la France quand éclata la révolution de 1789. On comptait :

1° Des ordonnances royales, dont l'autorité était universelle dans tout le royaume, lorsqu'elles avaient été enregistrées par

---

(1) Ainsi nommées, parce que des masses ou turbes de dix témoins étaient interrogées sur ce qu'elles croyaient être un usage. " Coutume se doit vérifier par deux turbes, dit Loysel, et chacune d'icelles par dix témoins." (*Institutes coutumières*, liv. V, titre V, règle 13.)

(2) *Institution au droit français par Claude Fleury*, publiée par MM. Edouard Laboulaye et Rodolphe Bareste, t. I, p. 55. Spécialement en ce qui concerne les *enquêtes par turbes*, voy. le même ouvrage, t. II, p. 13.

chacun des Parlements : elles formaient le droit commun de la France ;

2° Des ordonnances qui n'avaient de force obligatoire que dans le ressort du Parlement ou des Parlements qui les avaient enregistrées ;

3° Des coutumes *générales*, c'est-à-dire obligatoires dans une province entière, et des coutumes *spéciales*, qui n'étaient observées que dans un bailliage, une paroisse, une ville ;

4° Des arrêts de règlement ;

5° Le droit romain, qui avait force de loi dans certains pays, et qui, dans d'autres, n'était observé que comme raison écrite.

L'État semblait n'être qu'une société de sociétés. La patrie était commune, les États distincts et séparés. Le territoire était un et les nations diverses. Ce qui était permis dans une partie de la France était réprouvé dans une autre. Les règles ne se ressemblaient pas dans les provinces limitrophes ; souvent elles différaient dans la même province, dans la même contrée.

(b) Droit Canadien.

[[Dans les pages qui précèdent, Mourlon donne un aperçu de ce qu'on est convenu d'appeler le droit ancien en France. Par les notes que j'y ai ajoutées, on verra que toutes les pièces législatives que l'auteur y cite n'avaient pas, faute d'enregistrement au greffe du conseil souverain (suivant l'opinion commune), force de loi en ce pays. Le motif indiqué, le défaut d'enregistrement au greffe du conseil souverain de Québec, sera expliqué dans les pages qui vont suivre.

Il y a une époque capitale dans l'histoire du droit canadien, c'est celle de la création du conseil souverain de Québec, en 1663. Par son édit d'avril 1663, Louis XIV établit un conseil souverain, composé du gouverneur de la colonie, de l'évêque, de cinq conseillers et du procureur du roi. A ce conseil, il attribua " le " pouvoir de connaître de toutes causes civiles et criminelles, " pour juger souverainement et en dernier ressort selon les loix " et ordonnances de notre royaume, et y procéder autant qu'il se " pourra en la forme qui se pratique et se garde dans le ressort " de notre Cour de Parlement de Paris, nous réservant néanmoins, " selon notre pouvoir souverain, de changer, réformer, et amplifier " les dites loix et ordonnances, d'y déroger, ou de les abolir, d'en " faire de nouvelles, ou tels règlements, statuts et constitutions " que nous verrons être plus utiles à notre service et au bien de " nos sujets des dits pays. "

L'effet de cet édit a été de nous donner, comme source de notre droit, tout ce qui avait force de loi, sur toute l'étendue de la France, en avril 1663. L'étude de Mourlon, avec les notes que j'y ai ajoutées, expliquent suffisamment ce qu'était ce droit français en 1663.

A partir de cette époque, il y a plus de difficulté. Le Canada avait reçu une organisation judiciaire et même législative que le roi comparaît au parlement de Paris. On le sait, les parlements de France réclamaient le droit d'annuler les ordonnances royales, ou du moins d'en suspendre l'effet en refusant de les enregistrer. Le Canada ayant reçu en 1663 un conseil souverain ou parlement, il importe tout d'abord de savoir si l'enregistrement au greffe du conseil souverain de Québec était une formalité essentielle pour donner effet en Canada aux édits et ordonnances royaux.

Cette question a été autrefois l'objet de savantes discussions parmi nos hommes de loi. Le lecteur, qui voudra connaître les arguments pour et contre, ne pourra mieux faire que de lire la lucide exposition de la question que font Doutre et Lareau dans leur *Histoire Générale du Droit Canadien*, tome 1er, pp. 122 et suivantes. La question a aujourd'hui, à moins qu'on n'ouvre le débat, un intérêt plutôt historique que légal, car le conseil privé — si l'on peut prendre, comme l'expression de son avis, un *dictum* de lord Brougham, — s'est prononcé en faveur de l'opinion qui voulait que l'enregistrement au greffe du conseil souverain de Québec fût une formalité indispensable pour que les ordonnances subséquentes à 1663 eussent force de loi en ce pays. En effet, dans la cause de *Hutchinson & Gillespie (a)*, lord Brougham s'est exprimé comme suit : " The *ordonnances* cited (l'ordonnance du commerce, la déclaration du 18 " novembre 1702 et la déclaration du 11 et du 16 juin 1716) do " not apply if there were never registered, and it is a principle " of the French law that all *ordonnances* not registered are " void...... The mere fact, therefore of the existence of certain " *ordonnances* is not sufficient to make them in force in " Canada."

Donc, si l'on adopte cette opinion, les sources du droit canadien sont : 1° le droit français tel qu'il existait en 1663 ; 2° les édits et ordonnances français subséquents à cette date qui ont été enregistrés au greffe du conseil souverain ; 3° les arrêts et les règlements du conseil souverain ou du conseil d'état du roi, cour

(a) 3, R. de L,, p. 427.

d'appel en dernier ressort, ainsi que ceux du gouverneur ou de l'intendant et des autorités administratives du pays.

Pour cette raison, encore (toujours si l'on considère cette question de l'enregistrement des ordonnances comme réglée), les ordonnances suivantes : celle du *Commerce* de 1673, celle des *Donations* de 1731, celle des *Testaments* de 1735, celle des *Inscriptions de faux* de 1737, et celle des *Substitutions* de 1747, un véritable chef d'œuvre, n'ont jamais eu force de loi en Canada. Les tribunaux ne recourent à ces ordonnances que lorsqu'elles n'étaient que déclaratoires de la loi de l'époque *(a)*.

Je dois dire, cependant, que je regarde cette question comme réglée, car l'opinion qui veut que l'enregistrement des ordonnances au greffe du conseil souverain de Québec, fût essentiel pour leur validité, est tellement entrée dans notre jurisprudence, que ce serait toute une révolution que d'enseigner et mettre en pratique maintenant la doctrine contraire. Il me sera cependant permis de dire que le *dictum* de lord Brougham me paraît insuffisant pour servir de base à cette opinion. La question n'y est même pas discutée et d'ailleurs ce n'est qu'une expression d'opinion de la part de l'éminent jurisconsulte, qui est sans doute d'un grand poids, mais qui ne paraît pas clore le débat. Je puis ajouter que tout dernièrement, dans la cause de *Les Président et Syndics de la commune de Laprairie de la Magdeleine v. La corporation du village de Laprairie* (R. J. Q., 5 C. S., p. 143), le juge Gill a déclaré qu'il n'admettait pas la doctrine de l'invalidité, en ce pays, des ordonnances non enregistrées au greffe du conseil souverain de Québec. Le savant juge a ajouté qu'il s'autorisait en cela de la doctrine enseignée dans le même sens par le juge Casault dans la chaire de droit commercial et maritime à l'Université Laval à Québec. On peut également tirer parti du fait que la première législature du Bas-Canada, par le statut 35 Geo. III, c. 4, art. 15, passé en 1795, au sujet des registres de baptêmes, mariages et sépultures, a abrogé d'une manière partielle la déclaration du 9 avril 1736. Or cette déclaration n'a jamais été enregistrée au Canada. Donc, à moins de dire qu'on peut abroger une loi qui n'existe pas, on doit tenir que le législateur

(*a*) C'est ainsi que le juge Ramsay, dans la cause de *Cadot & Ouimet*, M. L. R., 2 Q. B., p. 211, a fait appel aux dispositions de l'ordonnance de 1695 sur la juridiction ecclésiastique, qui n'a jamais été enregistrée au Canada, pour déterminer les droits de l'évêque dans l'érection des paroisses.

en 1795 admettait la validité d'une déclaration qui n'avait jamais été enregistrée en ce pays. Cependant, tout en indiquant cet argument, dont la force n'échappera à personne, je réitère l'opinion que la question est aujourd'hui réglée et qu'il n'y a plus à y revenir.

Je puis ajouter que bien peu des ordonnances générales françaises ont été enregistrées au greffe du conseil souverain de Québec. Une notable exception, c'est l'ordonnance civile de 1667, qui est la principale source de notre code de procédure *(a)*.

On trouvera tout ce qui a eu force de loi en ce pays, depuis 1663 jusqu'à l'époque de la conquête, dans le recueil intitulé : *Edits et Ordonnances*, en trois volumes, publié par ordre de la législature en 1854.

Tel fut donc notre droit civil, car nous ne nous occupons que de ce droit, quand, à la suite de la capitulation de Québec et de Montréal et de l'occupation militaire du pays, le Canada fut cédé à l'Angleterre par le traité de Paris en 1763.

La capitulation de Québec ne contient aucune mention de la conservation des lois et usages français. Dans la capitulation de Montréal, au contraire, nous trouvons l'article suivant avec la réponse du général anglais.

Article 42. — " Les Français et Canadiens continueront d'être " gouvernés suivant la coutume de Paris et les lois et usages " établis pour ce pays ; et ils ne pourront être assujettis à " d'autres impôts qu'à ceux qui étaient établis sous la domination " française. "

Réponse.—" Répondu par les articles précédents, et particulièrement " rement par le dernier. "

Or en réponse à l'article 41, qui demandait que les Français, Canadiens et Acadiens qui resteraient dans la colonie ne fussent pas forcés de prendre les armes contre le roi de France ni contre ses alliés, le général anglais s'était contenté de dire : " Ils deviennent sujets du Roi. "

(*a*) On peut citer comme exemple frappant de l'effet du pouvoir contrôleur du conseil souverain à l'égard des ordonnances royales, l'article 2, titre 34, de l'ordonnance de 1667, sur la contrainte par corps. Cet article portait qu'il y aurait contrainte pour les dépens adjugés s'ils montaient à deux cents livres. Le conseil souverain modifia cet article en réduisant ce montant à cent livres et en laissant le tout à l'arbitrage du juge. *Edits et Ordonnances*, tome 1er, p. 215. Le conseil souverain retrancha également de cette ordonnance tout ce qui se rapportait aux avocats et procureurs, "étant, disait-on, de l'avantage de la colonie de n'en pas recevoir."

Donc, au lieu de garantir aux habitants du pays la conservation de leurs lois et usages, on avait répondu d'une manière évasive que les Canadiens devenaient sujets du Roi. Cependant, d'après les principes du droit international, les habitants d'un pays conquis restent soumis aux lois qui les gouvernaient avant la conquête jusqu'à ce que ces lois soient abrogées par l'autorité compétente.

Le traité de Paris de 1763 ne se prononce pas sur la conservation des lois françaises, il se contente de garantir aux catholiques le libre exercice de leur religion. Le 7 octobre 1763, le roi George III lança une proclamation divisant les possessions anglaises en Amérique en quatre gouvernements sous les noms de Québec, Floride Orientale, Floride Occidentale et Grenade. Par cette proclamation, le roi donna pouvoir aux gouverneurs de chacun de ces gouvernements de sommer et convoqués des assemblées générales et il les autorisa " du consentement de notre dit conseil, et " des représentants du peuple, à être convoqués comme susdit, de " faire, constituer et ordonner des lois, statuts et ordonnances pour " la paix publique, le bien être, et le bon gouvernement de nos " dites colonies, ainsi que du peuple et des habitants d'icelles, " aussi conformes que faire se pourra, aux lois d'Angleterre, et " sous les mêmes règlements et restrictions que dans les autres " colonies ; et en attendant, et jusqu'à ce que telles assemblées " puissent être convoquées comme susdit, tous ceux qui habitent " ou se retireront dans nos dites colonies, peuvent espérer notre " protection royale pour la jouissance du bénéfice des lois du " royaume d'Angleterre ; et à cet effet nous avons donné pou- " voir, sous notre grand sceau, aux gouverneurs de nos dites " colonies respectivement, d'ériger et constituer, de l'avis de nos " dits conseils respectivement, des cours de judicature, et de " justice publique dans nos dites colonies, pour entendre et " déterminer toutes causes, tant civiles que criminelles, suivant la " loi et l'équité, et autant que faire se pourra, conformément aux " lois d'Angleterre, avec liberté à toutes personnes qui se trouve- " ront lésées par le jugement de telles cours, dans toutes causes " civiles, d'en appeler à nous, en notre conseil privé, sous les " conditions et restrictions ordinaires. "

Il n'est pas nécessaire de discuter l'effet ou la légalité de cette fameuse proclamation. On remarquera, toutefois, qu'elle n'a pas remplacé formellement les lois françaises par les lois anglaises. A la suite de la proclamation royale, cependant, par une ordonnance du 17 septembre 1764, le général Murray,

gouverneur de la province de Québec et son conseil, introduisirent les lois civiles et criminelles de l'Angleterre dans la colonie. L'illégalité de cette ordonnance ne souffre pas de doute, car la proclamation royale exigeait, pour l'introduction des lois anglaises, le consentement du gouverneur, du conseil et de l'assemblée. Cette question, d'ailleurs, n'offre aujourd'hui qu'un intérêt historique, car l'*Acte de Québec* de 1774, 14 Geo. III, ch. 83, révoqua la proclamation du 7 octobre 1763 et toutes les ordonnances auxquelles elle donna lieu. L'article 8 de cette loi constitutionnelle se lit comme suit :

" 8. — Tous les sujets canadiens de Sa Majesté en la dite " province de Québec (les ordres religieux et communautés seu- " lement exceptés) *(a)* pourront aussi posséder leurs biens et " propriétés, et jouir de tous les usages et coutumes qui les con- " cernent, et de tous autres droits de citoyens, d'une manière " aussi ample, aussi étendue et aussi avantageuse, que si les dites " proclamations, commissions, ordonnances et autres actes et " instruments, n'avaient point été faits, en gardant à Sa Majesté " la foi et la fidélité qu'ils lui doivent, et la soumission due à la " couronne et au parlement de la Grande-Bretagne ; et dans " toutes affaires en litige qui concerneront leurs propriétés et " leurs droits de citoyens, ils auront recours aux lois du Canada, " comme les maximes sur lesquelles elles doivent être décidées ; " et tous procès qui seront à l'avenir intentés dans aucune des " cours de justice, qui seront constituées dans la dite province " par Sa Majesté, Ses Héritiers et Successeurs, y seront jugés eu " égard à telles propriétés et à tels droits par les dites lois et cou- " tumes du Canada, jusqu'à ce qu'elles soient changées ou alté- " rées par quelques ordonnances qui seront passées à l'avenir dans " la dite province par le gouverneur, lieutenant-gouverneur, ou " commandant-en-chef, de l'avis et consentement du conseil légis- " latif qui y sera constitué de la manière ci-après mentionnée."

La clause 9 de cette loi déclarait que rien de ce qui était contenu dans cet acte ne s'étendrait aux terres concédées en franc et commun soccage. On a voulu se prévaloir de cette disposition pour prétendre que ces terres étaient régies par les lois anglaises. Nos tribunaux ont décidé le contraire, notamment dans les causes

---

(*a*) Ce serait un hors d'œuvre de parler de l'effet de cette exception. L'auteur se contente de renvoyer à son *Droit paroissial*, p. 13.

de *Stuart & Bowman* (3 L. C. R., p. 309) et *Wilcox & Wilcox* (8 L. C. R., p. 34) *(a)*.

Tout en nous conservant le bénéfice des lois civiles françaises, l'acte de Québec, nous laissa sous l'empire des lois criminelles anglaises. Sans tenter aucune comparaison entre le droit criminel anglais et le droit criminel français, on peut dire que cette reconnaissance des lois criminelles anglaises a été un bonheur pour le pays.

L'acte de Québec de 1774 avait réuni tout le Canada sous un même gouvernement, la loi constitutionnelle de 1791, au contraire, divisa cette vaste étendue en deux provinces, le Haut-Canada et le Bas-Canada. A la suite de la passation de cet acte, les lois civiles anglaises furent établies dans le Haut-Canada, tandis que le Bas-Canada resta soumis au droit français.

Voilà en peu de mots l'histoire de ce que nous avons appelé le droit canadien. Je vais maintenant laisser la parole à Mourlon qui fera l'histoire du droit intermédiaire français et du code Napoléon, et ensuite je parlerai de la codification de nos lois et de notre code civil qui constitue pour nous, à proprement parler, le droit moderne.]]

§ 2. — *Droit intermédiaire.*

Ce droit se compose des lois qui ont été faites par :

1° L'*Assemblée nationale* (du 5 mai 1789 au 30 septembre 1791) ;

2° L'*Assemblée législative* (du 1er octobre 1791 au 21 septembre 1792) ;

3° La *Convention* (du 21 septembre 1792 au 26 octobre 1795) ;

4° Les deux *Conseils* et le *Directoire* (Du 26 octobre 1795 au 9 novembre 1799) ;

5° Le *Consulat* (1) (du 10 novembre 1799 au 18 mai 1804).

---

(1) Parmi les lois du Consulat, les unes appartiennent au *droit intermédiaire*, les autres commencent le *droit nouveau*. Les premières sont celles qui ont précédé le code civil, les secondes celles dont il se compose.

(*a*) Le lecteur, qui veut approfondir cette question de la tentative d'introduire les lois anglaises en cette province, ne pourra mieux faire que de lire la savante dissertation faite, sur ce sujet, par les juges qui ont rendu les arrêts en ces deux causes.

Pendant cette période, la France a eu quatre Constitutions, savoir :

1° La Constitution de 1791 ;

2° La Constitution de 1793 (elle ne fut jamais appliquée) ;

3° La Constitution de l'an III ;

4° La Constitution de l'an VIII (c'est sous son empire qu'ont été faits les cinq codes français).

I. Assemblée Nationale. — Constitution de 1791. — Les prétentions rivales de la royauté et des Parlements amenèrent, dans les derniers temps de la monarchie, des hostilités aussi tenaces que passionnées de part et d'autre. Chacun des deux partis usa des armes qui lui étaient familières : les Parlements, des remontrances réitérées, des refus d'enregistrement ; la royauté, des lettres de *jussion*, des *lits de justice*, et plusieurs fois même des lettres de cachet et d'exil. La lutte devint si vive, qu'un appel à la nation fut jugé nécessaire. Les Parlements eux-mêmes réclamèrent la convocation des États généraux. Le roi (Louis XVI), après quelques hésitations, finit par céder ; il convoqua les États généraux par un édit du 23 septembre 1788.

Le Parlement, en enregistrant cet édit de convocation, le fit sous la réserve expresse que les États seraient assemblés selon les formes observées en 1614 : ainsi, chaque ordre devait avoir un nombre égal de députés et voter séparément. Mais le roi, par une ordonnance du 27 décembre, décida que le tiers état aurait des représentants en nombre égal aux représentants réunies des ordres du clergé et de la noblesse.

Convoqués le 23 septembre 1788, les États généraux s'ouvrirent à Versailles, dans la salle des Menus-Plaisirs, le 5 mai 1789. La noblesse eut 285 représentants, le clergé 308 ; quant au tiers état, il en eut 629, c'est-à-dire plus que la moitié du nombre total des représentants réunis (1).

Dès le premier jour, la lutte s'engage entre les trois ordres. Une question capitale est posée : les délibérations auront-elles lieu par *ordres* ou par *têtes?* La noblesse et le clergé veulent que les députés des trois ordres forment trois assemblées distinctes et votent séparément. Le tiers état demande, au contraire, qu'il n'y ait qu'une seule assemblée, composée des trois ordres réunis.

---

(1) L'abstention de quelques-uns des députés de la noblesse explique cette dérogation à ce qui avait été formellement prescrit par l'ordonnance du 27 décembre.

Tout dépendait de la solution de cette question. Dans le premier système, la prépondérance appartenait aux ordres du clergé et de la noblesse sur le tiers état, qui n'avait qu'une voix sur trois. Dans le second, au contraire, le tiers état était plus fort ou au moins aussi fort que les deux ordres réunis du clergé et de la noblesse : car, ses députés étant aussi, et même, dans le fait, plus nombreux que ceux des deux autres ordres, il avait au moins une voix sur deux.

Le moment était décisif. Le tiers état sut en profiter : il décida que la vérification des pouvoirs serait faite *en commun* par les trois ordres réunis. C'était résoudre la question pendante. La cour, qui le comprit, résista ; mais le tiers état resta inébranlable. Il commença la vérification des pouvoirs tant des absents que des présents. Trois députés du clergé se réunirent alors à lui ; le lendemain il en arriva six autres.

La vérification des pouvoirs étant faite, le tiers état se constitua en Assemblée nationale (1).

Tant de fermeté effraya les ordres dissidents. Le clergé, à la majorité de 149 voix contre 115, décréta sa réunion au tiers état. Le roi et la noblesse ne cédèrent point d'abord. Afin d'empêcher la réunion du clergé au tiers état, on ferma, sous prétexte de réparations, la salle des États, et, quand les délégués se présentèrent pour s'y réunir, on les repoussa par la force armée. Ils se rendirent alors au jeu de paume, où ils firent le serment solennel de ne se séparer qu'après avoir donné une Constitution à la France.

On crut couper court à toute réunion en louant la salle du jeu de paume ; mais un moyen aussi puéril ne devait point réussir : les députés s'assemblèrent dans l'église Saint-Louis.

Le lendemain, le roi, suivi d'un appareil militaire formidable, se rendit en personne à l'Assemblée et ordonna aux députés de se séparer sur-le-champ. Une partie du clergé sortit avec le roi ; le tiers état resta en place. Ce fut alors que le grand-maître des cérémonies entra dans la salle et dit : “ Vous avez entendu les ordres du roi ! ” Tout le monde connaît la réponse de Mirabeau : “ Allez dire à votre maître que nous sommes ici par la volonté du peuple et que nous ne sortirons que par la puissance des baïonnettes ! ”

La cour eut peur et céda. Le 27 juin, les députés dissidents consentirent, sur l'avis même du roi, à se réunir au tiers état.

---

(1) Elle reçut depuis (après qu'elle eût modifié sa Constitution) le nom de *Constituante*.

Composée d'hommes éminents par leurs talents et par leur caractère, cette illustre et courageuse Assemblée a osé entreprendre et a su accomplir les grandes réformes qui ont fondé notre nouvel ordre social. Elle a passé le niveau de l'égalité partout où était le privilège. Après avoir aboli les Parlements, les dîmes et le régime féodal, les privilèges d'ordres, de prince, de ville, de communauté, la vénalité et l'hérédité des offices, la torture et les jurandes, elle rédigea une Déclaration des droits de l'homme et une Constitution qui fut acceptée par Louis XVI.

On lui doit la défense publique et libre des accusés, le droit de n'être pas soustrait à ses juges naturels, l'organisation judiciaire, l'institution de la justice de paix, l'adoucissement de la législation criminelle, l'égalité devant la loi, une nouvelle division du territoire en départements, l'unité et l'indivisibilité de la France.

C'est elle qui fixa l'état des citoyens, qui définit, distingua et limita les pouvoirs publics, le pouvoir *législatif* qui fait la loi, le pouvoir *judiciaire* qui l'applique, le pouvoir *exécutif* qui la fait exécuter *(a)*.

L'organisation du pouvoir législatif est fort simple. L'Assemblée et le roi concourent à la confection de la loi. L'Assemblée a, tout à la fois, le droit de la proposer et le droit de la décréter, c'est-à-dire *l'initiative* et la *résolution*. La *sanction* appartient au roi. S'il approuve le décret que l'Assemblée lui présente, la loi est complète. S'il refuse son consentement, le décret n'est pas par cela même anéanti ; le *veto* (c'est ainsi qu'on appelait le refus du roi), n'est, en effet, que suspensif : lorsque les deux législatures qui suivent celle qui a présenté le décret l'ont successivement renouvelé dans les mêmes termes, le roi est censé avoir donné sa sanction.

Le roi est tenu d'exprimer son consentement ou son refus sur chaque décret, dans les deux mois de sa présentation. Il exprime son consentement, sur le décret lui-même, par cette formule : " Le roi consent et fera exécuter " ; son refus, par celui-ci : " Le roi examinera." — Chef du pouvoir exécutif, c'est lui qui est chargé de faire sceller les lois du sceau de l'État et de les faire *promulguer*. Ce n'est pas un *droit* qu'il exerce, c'est un *devoir* qu'il accomplit.

(*a*) L'œuvre accomplie par l'assemblée nationale ou constituante, nous n'avons pas besoin de le dire, a été diversement appréciée. Je ne discuterai pas le sentiment de Mourlon, la question n'étant, pour nous surtout, qu'une question purement historique.

II. Assemblée Législative. — L'Assemblée constituante décida en se retirant qu'aucun de ses membres ne ferait partie de l'Assemblée qui devait être appelée conformément à la Constitution dont elle venait de doter la France. Cette nouvelle Assemblée est connue sous le nom de *Législative*. Elle commença le 1er octobre 1791 et finit le 21 septembre 1892. Ses monuments législatifs sont peu nombreux. On peut citer d'elle los lois qui ont établi le divorce, aboli les substitutions, fixé à vingt et un ans la majorité et modifié sous divers rapports la puissance paternelle.

De graves événements s'accomplirent pendant sa durée. Ce fut à la suite de l'insurrection du 10 août qu'elle suspendit provisoirement le roi de ses fonctions ; elle invita alors la nation à former une Convention nationale qui fût chargée d'assurer la souveraineté du peuple et le règne de la liberté.

III. Convention. — Constitution de 1793. — Installée le 20 septembre 1892, la Convention décrétait, le 21, à l'unanimité, l'abolition de la royauté, et proclamait la République une et indivisible. — C'est elle qui substitua le calendrier républicain au calendrier grégorien, qui accorda aux enfants naturels les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, qui resserra dans des limites très étroites la faculté de disposer à titre gratuit, afin d'empêcher la concentration des richesses dans les mains de quelques familles, et d'amener graduellement le nivellement des fortunes. Elle organisa, dans le même but, un système nouveau de succession (loi du 17 nivôse an II), que le code Napoléon a reproduit, mais en lui faisant subir des modifications devenues nécessaire. On lui doit encore la loi du 9 messidor an III, qui ouvrit en France l'ère nouvelle du régime hypothécaire.

De même que la Constituante, elle fit une *déclaration des droits de l'homme.* Mais cette *déclaration* ne fut pas présentée à l'acceptation du peuple : aussi fut-elle plus tard déclarée nulle.

Enfin, par sa Constitution dite de 1793, la Convention organisa, sur des bases toutes nouvelles, le pouvoir législatif. En voici la formule : L'*initiative* appartient à l'Assemblée ; les projets qu'elle propose sont précédés d'un rapport. Quinze jours au moins après le rapport, elle arrête provisoirement la loi. La *sanction* appartient au peuple. Le projet arrêté par l'Assemblée est imprimé et envoyé à toutes les communes de la République, sous ce titre : *Loi proposée.* Quarante jours après l'envoi de la loi proposée, si dans la moitié des départements, plus un, le dixième des assemblées primaires de chacun d'eux

n'a pas réclamé, le projet est accepté et devient loi. S'il y a réclamation, on convoque les assemblées primaires. Les assemblées délibèrent alors sur la loi ; les suffrages sont donnés par *oui* ou par *non*. Le vœu de chaque assemblée est proclamé ainsi : Les citoyens réunis en assemblée primaire de……, au nombre de……, votent pour ou contre, à la majorité de……

Cette Constitution ne fut jamais mise en action.

IV. Les deux Conseils et le Directoire. — Constitution de l'an III (22 août 1795). — La Convention abandonna sa Constitution du 24 juin 1793, et la remplaça par une autre, dite de l'an III, et précédée, comme ses devancières, d'une *Déclaration des droits de l'homme*.

Cette Constitution établit :

1° Un *Corps législatif*, auquel est confié le pouvoir *législatif* ;

2° Un *Directoire*, auquel est délégué le pouvoir exécutif.

Le *Corps législatif* se divise en deux Chambres, l'une dite *des Cinq-Cents*, l'autre dite *des Anciens*.

Le *Conseil des Cinq-Cents* est invariablement fixé à ce nombre. L'*initiative* des lois lui appartient. Les propositions qu'il adopte s'appellent *résolutions ;* mais il ne peut les prendre qu'après trois lectures successives à dix jours d'intervalle.

Le *Conseil des Anciens* est composé de deux cent-cinquante membres, âgés de quarante ans au moins. La *sanction* des lois lui appartient ; lui seul a le droit d'approuver ou de rejeter les résolutions du Conseil des Cinq-Cents. Mais il doit les rejeter intégralement ou les approuver dans leur entier : il ne lui est pas permis de les amender.

Le *Directoire* est composé de cinq membres, âgés de quarante ans au moins, et nommés par les deux Conseils faisant alors fonction d'assemblée électorale au nom de la nation. Le Directoire a le pouvoir *exécutif ;* c'est lui qui est chargé de sceller, publier, promulguer et faire exécuter les lois.

Ce mécanisme gouvernemental est on ne peut plus simple :

Il se compose du Conseil des Cinq-Cents, qui propose la loi ;

Du Conseil des Anciens, qui la rejette ou la décrète ;

D'un Directoire, qui la fait promulguer et exécuter quand elle a été décrétée.

On lui doit la loi du 15 germinal an VI (4 avril 1798) *sur la contrainte par corps*, et la loi justement célèbre du 11 brumaire an VII (1er novembre 1798) *sur le régime hypothécaire*.

V. Consulat. — Constitution de l'an VIII. — Le 18 brumaire an VIII changea une fois encore la forme du gouvernement.

Le Directoire fut remplacé par une commission provisoire de trois consuls.

Les deux Conseils, le Conseil des Anciens et le Conseil des Cinq-Cents, créèrent, avant de se séparer, chacun une commission de vingt-cinq membres, pour examiner et décider, sur la proposition des trois consuls, les objets urgents de police, de législation et de finances, et enfin pour préparer une Constitution.

Cette Constitution fut faite, en effet ; elle est connue sous le nom de *Constitution de l'an VIII.* C'est sous son empire que fut fait le code Napoléon : il est donc indispensable d'en avoir une connaissance exacte.

Elle établit :

1° Un *gouvernement*, composé de trois consuls *(Bonaparte, Cambacérès, Lebrun)*, élus pour dix ans et ayant des pouvoirs très inégaux. Le premier promulgue la loi, nomme les ministres, les membres du Conseil d'État, les officiers, les juges, etc. ; les deux autres n'ont qu'une voix consultative ;

2° Un *Conseil d'État*, divisé en cinq sections : une de législation, une de l'intérieur, une des finances, une de la guerre, une de la marine. Il ne peut délibérer en assemblée générale que sur la convocation du premier consul, qui alors le préside ;

3° Un *Tribunat*, composé de cent tribuns, âgés de vingt-cinq ans au moins ;

4° Un *Corps législatif*, composé de trois cents membres, âgés de trente ans au moins ;

5° Un *Sénat conservateur*, composé de quatre-vingts membres inamovibles et à vie, âgés de quarante ans au moins.

Chacun de ces cinq pouvoirs participe à la confection des lois.

Le *gouvernement* a *l'initiative* de la loi ; lui seul a le droit de la proposer.

La proposition est portée au *Conseil d'État.* Celle de ses cinq sections, dans les attributions de laquelle rentre la proposition, l'étudie, la prépare, l'élabore, l'amende au besoin, et la rédige en articles.

Le projet ainsi arrêté, retourne de nouveau au chef du gouvernement, qui peut encore le retirer ou le reproduire modifié.

S'il se décide à le transformer en loi, il le propose au *Corps législatif.*

Trois orateurs sont alors choisi parmi les membres du Conseil d'État pour porter la parole devant le corps législatif

au nom du gouvernement et pour défendre le projet ; le premier nommé en expose les motifs. Le Corps législatif, après avoir entendu les orateurs du gouvernement, et sans prendre aucune décision pour ou contre le projet, le communique *officiellement* au Tribunat.

Le *Tribunat* nomme, pour l'examiner et pour faire un rapport, une commission spéciale. Après le rapport, la discussion s'ouvre en assemblée générale. Aucun amendement ne peut être apporté au projet ; le Tribunat n'a que le droit d'émettre un vœu pour ou contre. Le vœu qu'il émet est porté au Corps législatif, où il le fait défendre par trois membres qu'il désigne.

Le *Corps législatif* ne discute point le projet qui lui est soumis (c'est ce qui fait qu'on l'avait appelé *Corps des muets)* ; il ne lui est pas permis de l'amender ; il l'accepte ou il le rejette en entier.

Il ne peut se prononcer qu'après avoir entendu contradictoirement les trois orateurs du gouvernement et les trois membres du Tribunat.

Si le *Corps législatif* accepte, la loi est alors *décrétée ;* mais elle n'est pas encore parfaite, obligatoire : le *Tribunat* ou le *gouvernement* peut, en effet, pendant dix jours, à compter du décret, le déférer au *Sénat conservateur*, qui peut l'annuler lorsqu'il le juge contraire à la Constitution (1).

Si le gouvernement et le Tribunat n'usent pas de cette faculté dans les dix jours qui leur sont donnés à cet effet, ou si le Sénat maintient le décret qui lui a été déféré, la loi est complète ; mais elle n'est obligatoire qu'après qu'elle a été *promulguée.*

Le premier consul a le *droit* et le *devoir* de la promulguer. La promulgation ne peut être faite qu'après l'expiration du délai pendant lequel le décret du Corps législatif peut être déféré au Sénat conservateur pour cause d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire que le dixième jour à partir du décret. Cette règle a été constamment observée par le gouvernement. C'est ce qui explique pourquoi on trouve constamment un intervalle de dix jours entre le décret et la promulgation de chacun des différents titres ou lois dont se compose le code Napoléon.

— En résumé, le Conseil d'État, sur l'initiative et sous la direction du gouvernement, prépare le projet de loi et le rédige en articles ;

Le Tribunat, après l'avoir discuté, émet un vœu pour ou contre ;

(1) L'histoire ne rapporte pas qu'il ait jamais usé de ce droit.

Le Corps législatif, après avoir écouté les orateurs du Conseil d'État et ceux du Tribunat, vote pour ou contre, sans discussion et sans amendement;

Son décret peut être soumis au Sénat conservateur, qui a le droit de l'annuler lorsqu'il est inconstitutionnel;

Le premier consul est tenu de promulguer la loi dans les dix jours du décret.

§ 3. — Droit nouveau. — Histoire du code civil.

(a) [[*Code Napoléon.*]]

I. Confection du code civil. — On sait quel était l'état de la législation française avant 1789; quelques lois générales, mais en petit nombre; le droit romain au Midi, des coutumes au Nord, et en si grand nombre que Voltaire put dire: "Lorsqu'un homme voyage en France, il change de lois presque autant qu'il change de chevaux." Cette prodigieuse diversité des lois était un obstacle invincible à ce qui fait la force et la grandeur d'une nation, l'unité de l'État.

Les hommes les plus illustres dans la science, Dumoulin, Lamoignon, d'Aguesseau, esprits éminemment législatifs, conçurent, à différentes époques, le projet de refondre toutes ces coutumes et ordonnances en un seul code qui eût fait le droit commun de la France. Mais le génie de ces grands jurisconsultes avait devancé leur siècle.

Louis XI, de son côté, avait entrepris de réaliser cette grande idée. Il voulait qu'il n'y eût, dans tout le royaume, qu'un seul *poids*, une seule *mesure*, une seule *loi*; mais la mort le surprit au milieu de ses efforts.

La Révolution, en abolissant la féodalité, en proclamant l'unité de l'État et l'égalité devant la loi, brisa tous les obstacles; il devint alors possible de réaliser le vœu de tant de siècles.

La *Constituante* attacha une si grande importance à cette réforme de la législation, qu'elle en fit l'objet d'un article de sa Constitution de 1791: "Il sera fait, y est-il dit, un code de lois civiles communes à tout le royaume."

L'*Assemblée législative*, préoccupée des graves événements qui l'agitèrent, ne put point réaliser le vœu de la Constituante; elle se borna à inviter, par une adresse, tous les citoyens et même les étrangers, à lui communiquer leurs vues sur la formation d'un nouveau code.

La *Convention*, à l'exemple de la *Constituante*, décréta qu'il serait fait un code de lois civiles et criminelles *uniformes pour toute la France.* Elle fit plus : elle chargea son *comité de législation* de lui présenter, dans le délai d'un mois, un projet de code civil.

Ce projet fut présenté, dans le délai indiqué, par Cambacérès. La Convention, après l'avoir discuté, le trouva trop peu en harmonie avec les idées philosophiques du temps. Un second projet, présenté par le même Cambacérès, fut à son tour rejeté : la Convention reconnut qu'il était trop concis et qu'il offrait plutôt une table des matières qu'un code de lois civiles.

Sous le Directoire, le Conseil des Cinq-Cents nomma une commission chargée de préparer un nouveau projet. Ce fut encore Cambacérès qui le présenta. Les travaux préparatoires furent conduits avec beaucoup de promptitude. Déjà plusieurs titres du code civil étaient prêts, l'Assemblée était sur le point de les discuter ; mais les événements des 18 et 19 brumaire ne lui en laissèrent pas le temps (1).

C'est au Consulat qu'appartient l'honneur d'avoir doté la France d'un code civil. Napoléon, à peine investi du pouvoir consulaire, songea à reprendre l'œuvre toujours commencée, mais toujours inachevée, de ses devanciers. Par un arrêté du 24 thermidor an VIII, il nomma une commission chargée d'étudier les travaux antérieurs et de rédiger un nouveau projet. Elle fut composée de MM. *Tronchet*, *Bigot-Préameneu*, *Portalis* et *Maleville* (2). Le même arrêté portait que MM. Tronchet, Bigot-Préameneu et Portalis assisteraient aux séances du Conseil d'État dans lesquelles auraient lieu les discussions relatives au code.

On se mit immédiatement à l'œuvre, et avec une ardeur telle que le travail fut terminé en moins de quatre mois. Un projet, précédé d'un discours de M. Portalis, fut présenté au gouvernement, qui en ordonna l'impression.

Le premier Consul, voulant s'entourer des lumières du pays, soumit le travail de la commission à l'appréciation du tribunal de cassation et de tous les tribunaux d'appel.

---

(1) Le 30 frimaire an VIII, un quatrième projet fut présenté, par M. Jacqueminot, à la Commission du Conseil des Cinq-Cents, qui n'eut pas le temps de s'en occuper.

(2) M. Tronchet était président, M. Bigot-Préameneu, commissaire du gouvernement, et M. Maleville, juge au tribunal de cassation ; M. Portalis était commissaire du gouvernement au tribunal des prises. M. Maleville ne devait remplir que les fonctions de secrétaire de la commission.

Les tribunaux l'examinèrent et firent des observations, qui furent imprimées par ordre du gouvernement; elles ont souvent servi, dans le Conseil d'État, de guide au législateur.

Le travail étant prêt, les voies préparées, la discussion commença aussitôt. Chacune des lois destinées à former l'un des titres du code civil fut discutée et décrétée séparément.

Voici, en peu de mots, l'ordre qui fut suivi :

Le projet de la commission et les observations des tribunaux sont soumis par le gouvernement à l'une des sections du Conseil d'État, la section *de législation*.

Le projet qu'elle arrête est communiqué *officieusement* à l'une des sections du Tribunat, la section *de législation*, qui en délibère ; elle consigne dans un procès-verbal ses observations et les amendements dont elle le croit susceptible.

Son procès-verbal est transmis au Conseil d'État. La section *de législation* examine les observations qui lui sont faites, les amendements qui lui sont proposés. Les adopte-t-elle, elle en fait le rapport à l'assemblée générale; les combat-elle, il s'engage entre elle et la section du Tribunat une discussion dans laquelle on tâche de s'entendre.

Dans un et l'autre cas, le Conseil d'État examine, en assemblée générale et sous la présidence de l'un des consuls, ordinairement le premier (1), les observations respectives de sa section *de législation* et de celle du Tribunat; après quoi il adopte une rédaction définitive.

Ce projet, ainsi combattu et arrêté, est porté au Corps législatif par trois orateurs pris parmi les membres du Conseil d'Etat et chargés d'en exposer les motifs au nom du gouvernement.

Le Corps législatif, après avoir donné acte de la présentation du projet, le communique *officiellement* (2) au Tribunat.

---

(1) Napoléon, qui s'est élevé, on ne sait comment, jusqu'à l'intelligence des problèmes les plus ardus du droit et de la législation, prit souvent part aux discussions du Conseil. Il y déploya toujours une clarté, une méthode, et quelquefois une profondeur de vues, qui furent pour tout le monde un sujet d'étonnement.

(2) Ainsi, le Tribunat recevait deux communications: l'une, *officieuse*, lui était faite par le gouvernement; l'autre, *officielle*, lui était faite par le Corps législatif. La première n'était pas usitée sous l'empire de la Constitution de l'an VIII. Voici ce qui y donna lieu. On sait que le projet arrêté au Conseil d'Etat était directement présenté au Corps législatif, qui le communiquait *officiellement* au Tribunat, lequel, après l'avoir discuté en assemblée générale, émettait un vœu pour ou contre. Le premier projet qui lui fut ainsi présenté fut repoussé, et le Corps législatif consacra son avis. Le second projet allait subir le

Le projet revient au Corps législatif, où il est discuté par les orateurs que le Conseil d'État et le Tribunat ont désignés à cet effet ; ce n'est qu'après les avoir entendus contradictoirement, mais sans prendre aucune part à la discussion, qu'il rend son décret d'adoption ou de rejet.

Trente-six lois furent ainsi décrétées *successivement l'une après l'autre, et promulguées au fur et à mesure qu'elles étaient décrétées,* dix jours après l'émission de chaque décret. Chacune d'elles fut insérée séparément dans un recueil officiel des lois françaises appelé *Bulletin des lois* (1).

Lorsque l'œuvre fut achevée, une loi intervint, *la loi du 30 ventôse an XII,* qui réunit en un seul corps, sous le titre de *Code civil des Français*, avec une même série d'articles, au

---

même sort : le gouvernement sentit alors la nécessité de prendre une autre marche que celle qui avait été suivie jusque-là. Après avoir déterminé le Tribunat à se diviser en sections, il prit un arrêté par lequel il décida qu'avant de porter au Corps législasif le projet arrêté au Conseil d'Etat, il pourrait, s'il le jugeait convenable, le communiquer préalablement à la section du Tribunat que concernerait le projet. Cette communication préalable fut appelée *officieuse.* Le Tribunat faisait des observations, proposait des amendements ; il en conférait avec le Conseil d'Etat, et on finissait toujours par s'entendre. Le Conseil d'Etat rédigeait ensuite le projet définitif, qui était porté au Corps législatif, lequel le communiquait au Tribunat. C'est cette dernière communication qui s'appelait *officielle.* Elle n'avait lieu, on le comprend, que pour la forme et par respect pour la Constitution

(1) Le *Bulletin des lois* est la collection officielle des lois qui ont été promulguées depuis le 22 prairial an II. Il comprend aujourd'hui douze séries, correspondant aux différents gouvernements de la France (Convention, Directoire, Consulat, premier Empire, première Restauration, les Cent-jours, règne de Louis XVIII, règne de Charles X, règne de Louis-Philippe, République, deuxième Empire, République.) Chaque série est divisée en bulletins ou cahiers ; chaque cahier est divisé en numéros d'ordre qui indiquent la place où se trouve la loi, l'ordonnance ou le décret que l'on cherche. Ainsi lorsqu'on veut indiquer l'endroit où se trouve dans le *Bulletin* telle ou telle loi, on indique la série, le bulletin et le numéro d'ordre. Chaque volume étant accompagné d'une table alphabétique des matières et d'une table chronologique des actes, la date seule de la loi suffit pour en faciliter la recherche.

Depuis la neuvième série (règne de Louis-Philippe), le *Bulletin* est divisé en deux parties : la première comprend les lois proprement dites ; la seconde, les ordonnances ou les décrets.

Les lois sont présumées être telles qu'elles ont été inscrites au *Bulletin ;* s'il se trouve quelque différence entre le texte officiel et les autres éditions, c'est au *Bulletin* qu'il faut s'arrêter, *comme étant seul obligatoire.* Toutefois, cette présomption n'est pas invincible : on est toujours admis à soutenir que l'édition du *Bulletin* n'est point conforme à la *minute originale ;* mais cette preuve est à la charge de celui qui articule le fait.

nombre de 2,281, les trente-six lois, qui composèrent autant de titres particuliers, et qu'elle divisa en trois livres, précédés d'un titre préliminaire.

Le titre préliminaire ne comprend que six articles. Il trace des règles générales sur la publication, les effets et l'application des lois.

Le premier livre s'occupe *des personnes.* Il est composé de onze titres (de l'art. 7 à l'article 515).

Le second est relatif *aux biens et aux différentes modifications de la propriété.* Il comprend quatre titres (de l'art. 516 à l'art. 710).

Le troisième traite *des différentes manières d'acquérir la propriété.* Il compte vingt titres. En outre de ces vingt titres, le troisième livre comprend, en tête du titre premier, sept articles sous cette rubrique : *Dispositions générales.*

Les titres sont divisés en chapitres, les chapitres en sections, et, dans certains cas, les sections en paragraphes. Mais, une même série d'articles les reliant les uns aux autres, on peut renvoyer à telle ou telle disposition du code par une seule citation, celle de l'article qui en fait l'objet. Les indications eussent été beaucoup plus compliquées si, à l'imitation de certains corps de lois, chaque titre, chaque section ou paragraphe avait eu une série de numéros qui lui fût propre. On eût été obligé alors de citer le livre, le chapitre, la section, le paragraphe, et enfin l'article, ce qui eût été fort embarrassant (1).

Ce serait se tromper que de croire que les différents titres dont se compose le code y ont été insérés suivant l'ordre de leurs dates respectives. Le classement en a été fait méthodiquement selon l'ordre des matières. Ainsi, des titres ont été mis dans le second livre, bien qu'ils aient été décrétés et promulgués postérieurement à d'autres titres qui figurent dans le troisième (comparez, par exemple, la date des deux premiers titres du livre III avec celle des titres dont se compose le livre II).

Bien plus, l'article 530 renferme celle des dispositions du code qui a été décrétée et promulguée la dernière : elle a été, en effet, décrétée par la loi organique du code, la loi du 30 ventôse an XII.

---

(1) Le *Digeste* est divisé en livres, les livres en titres, les titres en lois, les lois, du moins en général, en paragraphes précédés d'un *principium.* Chaque citation exige, en conséquence, l'indication du livre, du titre, de la loi et du paragraphe.

Remarquons enfin que chacune des trente-six lois du code a reçu deux promulgations, l'une qui lui est propre et particulière, l'autre qui est commune à toutes. Elles ont été, en effet, décrétées séparément et promulguées au fur et à mesure qu'elles étaient décrétées ; puis est venue la promulgation de la loi du 30 ventôse an XII, qui les réunit en un seul code (1).

Cette loi (la loi du 30 ventôse an XII) a été décrétée le 21 et promulguée le 31 mars 1804.

Ainsi le code, considéré comme ensemble de lois, a été promulgué le 31 mars 1804. Mais ce n'est pas cette date qu'il faut considérer lorsqu'on veut savoir le moment précis à partir duquel chacune des lois qui le composent est devenue obligatoire : ce moment est déterminé par la date de la promulgation, qui est propre à chacune d'elle (2).

“ A compter du jour où ces lois sont exécutoires, dit l'article 7, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, *dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent code.* ”

Il en résulte de là :

1° Que les anciennes lois n'ont aucune force obligatoire, lorsqu'elles ont pour objet des matières que le code a lui-même réglées ;

2° Qu'elles sont, au contraire, maintenues, lorsqu'elles statuent sur des matières que le code n'a pas prévues et réglementées (3) ;

3° Que les lois intermédiaires, dont la loi organique du code ne parle pas, sont maintenues quant à celles de leurs dispositius qui ne sont pas incompatibles avec les règles que le code a introduites (1).

---

(1) Elle est intitulée: *Loi contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de* CODE CIVIL DES FRANÇAIS.

(2) Voy. l'art. 6 de la loi du 30 ventôse.

(3) Cette conséquence est déduite, par à *contrario*, du texte même de la loi. On la conteste cependant, et peut-être avec raison. Suivant la plupart des auteurs, le droit coutumier, et notamment le droit romain, sont abrogés d'une manière *absolue*, c'est-à-dire alors même qu'ils statuent sur des matières que le code n'a pas prévues. Cela résulte, dit-on, de la discussion qui s'est engagée sur ce point, au Conseil d'Etat, entre MM. Cambacérès et Bigot-Préameneu (voy. Fenet, t. I, p. LXXXVI et suiv.). Dans ce système, la violation ou la fausse application des lois anciennes ne peut jamais donner ouverture à cassation. — Comp. MM. Aubry et Rau, t. I, § 14 ; Laurent, *op. cit.*, t. I, p. 36 et suiv.

II. Esprit du code. — Ses rédacteurs ne se sont point posés en novateurs. Ils n'avaient pas à constituer une société absolument nouvelle, mais une vieille société à réformer en quelques points, à restaurer en beaucoup d'autres. Le code n'a été pour eux qu'une transaction entre le droit écrit et le droit coutumier, entre l'ancienne jurisprudence et les doctrines nouvelles de la Révolution. Ils ont emprunté au droit romain, à nos coutumes, aux anciennes ordonnances, les maximes dont la sagesse et l'utilité pratique avaient été consacrées par un long usage et par l'autorité des hommes les plus éminents dans la science. Dumoulin, Domat et Pothier leur ont servi de guides. Mais il fallait assortir le vieux droit à une société qui avait cessé d'être aristocratique. La démocratie avait proclamé des règles nouvelles, dont il fallait tenir compte :

Les Français sont égaux devant la loi, avait-on dit :

Il n'est point permis aux citoyens de faire des conventions dont l'effet serait de compromettre l'égalité devant la loi, en établissant d'une manière permanente l'inégalité des fortunes ;

Le droit civil est indépendant des idées religieuses ;

La liberté individuelle et l'inviolabilité de la propriété doivent être protégées.

Les rédacteurs du code se sont inspirés de ces principes. Ils en ont tiré des conséquences, mais en les tempérant quelquefois.

" Les codes se font avec le temps, dit Portalis ; à proprement parler, on ne les fait pas." Le code Napoléon est le produit du droit romain, des coutumes, des ordonnances des rois et des lois révolutionnaires (2).

Ce n'est pas sans doute une œuvre irréprochable : tout ce qui

---

(1) Voy, Laurent, t. I, p. 39.

(2) Il faut donc, lorsqu'on veut reconnaître son esprit, et qu'en présence d'une disposition obscure et incomplète, on recherche ce qu'a voulu ou ce que n'a pas voulu le législateur, remonter aux sources. Il est également nécessaire d'interroger, parmi les anciens auteurs, ceux qui ont servi de guide au législateur, et notamment Pothier, Domat et Dumoulin. On peut enfin consulter ce qu'on est convenu d'appeler *les travaux préparatoires du code civil*, c'est-à-dire les projets de Cambacérès, de Jacqueminot et de la commission, les observations faites soit par les tribunaux d'appel et de cassation, soit par le Tribunat, les discussions du Conseil d'État, et enfin les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat devant le Corps législatif. Toutefois ces travaux n'ont pas une égale importance ; il faut en user avec discernement et sous bénéfice d'inventaire. Les procès-verbaux du Conseil d'Etat et les observations du Tribunat sont d'un grand secours dans l'interprétation de la loi. C'est là que, prenant à sa naissance la pensée du législateur et la suivant dans son développement, on voit

sort de la main des hommes est imparfait ! Mais, si l'on considère ce qu'était autrefois notre législation, le peu de temps qu'a duré ce travail (1) et les services qu'en a retirés la société moderne, personne assurément ne refusera de payer à ses auteurs un juste tribut d'admiration et de reconnaissance.

III. Définition du code civil. — Le mot *Code*, dans son acception la plus large, signifie recueil de lois classées dans un ordre méthodique.

Le code civil est donc un recueil de lois. Le mot *civil* nous indique que les lois dont il se compose sont des lois *civiles*. Mais que faut-il entendre par *lois civiles?* La réponse n'est pas facile. Il n'y a pas, en effet, dans la science du droit, une autre expression qui soit plus amphibologique. Ce mot *civil*, a dit Bentham, est un des plus insignes faux-fuyants qu'il y ait en jurisprudence. Multiple dans ses sens divers, il peut être considéré par opposition au *droit naturel*, au *droit des gens*, au *droit pénal*, au *droit commercial*, *militaire*, *ecclésiastique*, *politique* et *public*. La loi l'a évidemment employé par antithèse à l'un de ces droits. Mais avec lequel d'entre eux l'a-t-elle voulu mettre en opposition?

Ce n'est pas :

1° Avec le *droit naturel*. — Le droit qui est opposé habituellement au droit *naturel*, c'est le droit *positif*. Le droit positif est l'ensemble des lois promulguées : le code civil serait donc, si on le prenait par antithèse au droit naturel, l'ensemble des lois promulguées. Or, notre code ne contient que *trente-six lois*, et les lois promulguées qui nous régissent se comptent par milliers.

2° Avec le *droit des gens*. — Le droit des gens est l'ensemble des lois qui sont communes à tous les hommes sans distinction de pays. Si donc le mot *civil* était interprété par opposition à ce droit, l'expression *code civil* signifierait que les lois qui le composent sont propres aux Français et ne peuvent être

---

clairement ce qu'il a voulu et n'a pas voulu, et pourquoi il l'a voulu ou ne l'a pas voulu. En ce qui concerne *les exposés des motifs* faits par les orateurs du gouvernement et les *discours* des orateurs du Tribunat devant le Corps législatif, il faut bien se garder de les croire toujours sur parole ; autrement on s'exposerait aux plus cruelles méprises. Ces discours ne sont, après tout, que l'opinion de leurs auteurs, et ne méritent, comme tels, d'autre autorité que celle d'un avis individuel ; il est arrivé plus d'une fois que cet avis s'est trouvé être juste le contraire de la loi (voy. M. Eschbach, *Introd. à l'étude du droit*).

(1) Commencé le 5 mars 1803, il a été terminé le 31 mars 1804. Cet immense travail a duré un an et vingt-six jours !

invoquées que par eux. Or, d'une part, ses dispositions sauf quelques exceptions fort rares, sont applicables aussi bien aux étrangers qu'aux Français ; et, d'une part, alors même qu'il serait le code propre aux *Français*, l'expression *code civil* serait encore inexacte : car elle ne le distinguerait pas des autres codes, qui sont aussi des recueils des lois *françaises*.

3° Avec le *Code pénal*. — Si, en effet, le mot *civil* était entendu en ce sens, le code de commerce, les recueils de lois politiques ou publiques, seraient aussi des *codes civils*, puisqu'ils font antithèse avec le droit pénal tout aussi bien que le code qui a été spécialement appelé *civil*.

Restent deux antithèses. Le code civil a pu, en effet, être opposé : 1° au droit politique et au droit public ; 2° aux codes spéciaux contenant les droits et les devoirs particuliers à certaines classes de citoyens, par exemple aux commerçants, aux militaires, aux ecclésiastiques.

Quoique cela ne soit pas rigoureusement démontré, il nous semble évident que les rédacteurs du code ont eu en vue cette double antithèse, lorsqu'ils ont appelé *civil* le code qu'ils nous ont donné.

Or, 1° le droit *civil*, opposé au droit *politique* et au droit *public*, est l'ensemble des lois qui régissent les intérêts *particuliers* dans leur lutte mutuelle. Le code civil est donc le *code du droit privé*. Dans son acception primitive, le droit civil *(jus civium)* était le droit des *citoyens* ; mais, dans l'usage des peuples modernes, on prend les mots *droit civil* dans le sens de *droit privé* (1).

2° Le droit *civil*, opposé au droit *spécial* à certaines classes de citoyens, par exemple aux commerçants, aux militaires, aux ecclésiastiques......, est le droit *général* ou *ordinaire*, celui qui est applicable toutes les fois que la loi n'y a pas dérogé par quelques dispositions spéciales.

Notre code civil est donc le *code du droit privé ordinaire*.

Mais remarquons :

D'une part, qu'il comprend, et c'est un des défauts qu'on lui reproche, des dispositions en dehors de son objet, dispositions dont quelques-unes tiennent plutôt aux droits politique, public, et des gens, qu'au droit privé ; que d'autres de ses dispositions trouveraient mieux leur place soit dans le code de procédure, soit dans

(1) M. Val., *sur Proudhon*, t. I, p. 5 ; *Cours de code civil*, Introduction, p. 5.

l'un de nos codes spéciaux, et quelquefois même dans le code pénal ;

D'autre part, qu'il est loin de comprendre toutes les lois qui se rapportent à son objet : plusieurs lois, appartenant au droit privé, se rencontrent, en effet, soit dans les autres codes, soit dans le *Bulletin des lois*.

On voit donc qu'il faut bien se garder de le définir, ainsi qu'on le fait quelquefois, le *Recueil des lois françaises;* il n'en contient que *trente-six*, et les lois dont se compose notre droit sont innombrables.

Je le définis : *la collection de trente-six lois qui, après avoir été successivement décrétées et promulguées sous l'empire de la Constitution de l'an VIII, ont été méthodiquement réunies par le législateur lui-même en un seul corps destiné à former notre droit privé et ordinaire.* — Ou, plus simplement encore : *la collection de trente-six lois privées, ayant principalement pour objet l'organisation de la famille et de la propriété* (1). (Le mot *propriété* est pris ici dans un sens très général).

IV. Des nouvelles éditions du code civil, et des modifications qu'il a subies. — Il est de la nature du droit positif d'être soumis aux accidents et de varier avec l'esprit de chaque époque. Notre code n'a pas échappé à cette loi commune. Proclamé immortel par ses rédacteurs enthousiasmés, il n'a duré, dans son intégralité, que trois ans au plus !

A peine fut-il promulgué, que la Constitution sous l'empire de laquelle il avait été fait, fut remplacée par une autre. Napoléon,

---

(1) M. Chazal l'a défini au Tribunat : *le recueil des lois qui règlent nos rapports de famille et ceux des particuliers entre eux* (voy. Fenet, t. VI, p. 69).

M. Oudot le définit également : *la réunion de deux codes, savoir : le code du droit de famille et le code du droit privé.*

—Le droit *privé* règle les rapports des particuliers entre eux. Le droit *de famille* règle également des rapports de particulier à particulier : il rentre donc dans le droit privé.

M. Oudot, au contraire, veut qu'on distingue le droit *de famille* du droit *privé* proprement dit. Le premier, dit-il, établit le rapport d'obéissance entre les membres d'une même famille ; il a pour objet la direction des actions d'autrui. Le second règle les rapports mutuels de sacrifices entre les intérêts individuels ; il a pour objet la satisfaction exclusive de l'intérêt personnel. C'est donc à tort qu'on a réuni sous une même dénomination deux codes si différents dans leur objet.

d'abord consul à temps, ensuite consul à vie, voulut être empereur. Ce titre lui fut déféré par un sénatus-consulte du 18 mai 1804.

Il fallut d'abord accommoder les formules du code à ce nouvel état de choses. Une seconde édition fut à cet effet décrétée par le corps législatif, le 3 septembre 1807. Son titre *(code civil des Français)* fut abandonné. Napoléon, qui le considérait comme le plus beau monument de sa gloire, voulut y attacher son nom : on l'appela *code Napoléon.*

Son désir fut d'être roi, sous le titre d'emperéur : toutes les formes de l'ancienne monarchie furent rétablies. Les expressions qui rappelaient la République sonnaient mal à son oreille : elles furent remplacées par des expressions nouvelles, en harmonie avec le régime nouveau ; les dénominations *Empereur*, *Empire*, *État*, furent substituées à celles de *Premier consul*, *Gouvernement*, *République*, *Nation* (1).

Le tribunal de cassation, les tribunaux d'appel, furent nommés *cour* de cassation, *cours* d'appel. Les *commissaires* du gouvernement près les tribunaux furent appelés *Procureur général* près la cour d'appel, *procureur impérial* près le tribunal de première instance. Les armées et vaisseaux *de la République* prirent le nom d'armées et vaisseaux *de l'empereur*. Les *républicoles* devinrent *sujets* de l'Empire.

Le calendrier *républicain* (2) était incompatible avec l'exis-

---

(1) On remplaça, dans l'article 539, le mot *nation* par les mots *domaine public.* Ce changement dans les mots a compromis le sens de la loi : les mots *domaine public* et *nation* expriment, en effet, des idées différentes.

(2) La Convention abolit le calendrier *grégorien* par un décret du 24 novembre 1793.

Elle lui substitua le calendrier *républicain*, établi sur des bases entièrement nouvelles et en harmonie avec le système décimal, auquel on s'efforçait de tout ramener.

Ce calendrier commença le 22 septembre 1792 de l'ère vulgaire, date de l'établissament de la République.

Ainsi que le calendrier grégorien, il se compose de douze mois ; mais chacun de ces mois comprend un nombre égal de 30 jours.

Ces douze mois sont suivis de cinq jours (six dans les années bissextiles), appelés *jours complémentaires*, parce qu'ils complètent l'année. Dans le calendrier grégorien, cette addition de jours complémentaires est inutile, puisqu'ils se trouvent répartis dans le courant de l'année, les mois se composant alors de trente, trente et un, vingt-huit ou vingt-neuf jours, selon que les années sont bissextiles ou non.

Les mois sont partagés en trois *décades*, composées de dix jours chacune. Chaque jour est divisé en dix heures, comprenant chacune

tence légale du culte catholique qui venait d'être rétabli ; on le remplaça par le calendrier *grégorien*. Ce retour au calendrier grégorien amena la suppression de l'article 2261 du code civil, où il était dit que, dans les prescriptions qui se comptent par jours, les jours complémentaires sont comptés, et que, dans celles qui s'accomplissent par mois, celui de fructidor comprend les jours complémentaires. Mais, afin de ne pas changer le numérotage des articles, on en fit deux de l'article 2260.

Le rétablissement de la royauté, en 1814, amena une troisième édition du code ; elle eut lieu le 17 juillet 1816. Les dénominations impériales furent remplacées par de nouvelles dénominations, conformes au nouveau gouvernement établi par la Charte. Les armées et les vaisseaux de *l'empereur* passèrent au *roi ;* les

---

dix parties. Chacune de ces parties est divisée en dix autres, et ainsi de suite jusqu'à la plus petite fraction de la durée.

—Correspondance des mois du calendrier républicain avec ceux du calendrier grégorien :

1er Vendémiaire..................	22 septembre.
1er Brumaire.........	22 octobre.
1er Frimaire.....................	21 novembre.
1er Nivôse..	21 décembre.
1er Pluviôse..........	21 janvier.
1er Ventôse......................	20 février.
1er Germinal.....................	22 mars.
1er Floréal......................	21 avril.
1er Prairial.....................	21 mai.
1er Messidor.....................	20 juin.
1er Thermidor....................	20 juillet.
1 r Fructidor,....................	19 août.

Le 30 fructidor tombe le 17 septembre : il y a cinq jours complémentaires, et six dans les années bissextiles.

Lorsqu'une année est bissextile, les six premiers mois ne subissent aucune altération ; les six autres commencent un jour plus tôt.

Ainsi :

1er Germinal.....................	21 mars.
1er Floréal......................	20 avril.
1er Prairial..	20 mai.
1er Messidor.....................	19 juin.
1er Thermidor......	19 juillet.
1er Fructidor....................	18 août.

L'ère républicaine ayant commencé le 22 septembre 1792, il suffit, lorsqu'on veut connaître l'année correspondante du calendrier grégorien, d'ajouter à l'année 1792 le chiffre de l'année républicaine cherchée. Soit l'an VI de la République :

Année première de la république........	1792
	6
	1798

tribunaux d'appel furent appelés *Cours royales ;* les *républicoles*, transformés d'abord en *sujets de l'empereur*, devinrent *sujets du roi.*

— Les modifications dont nous avons parlé jusqu'ici ne portent guère que sur la forme du code. Il en est d'autres qui s'appliquent aux dispositions même ; elles sont fort nombreuses. Je citerai, parmi les plus importantes :

1° La suppression (en 1807) du troisième paragraphe de l'article 17.—Suivant cette disposition, la qualité de Français se perdait par l'affiliation à toute corporation étrangère qui exigeait *des distinctions de naissance.*

2° L'addition (également en 1807) d'un nouveau paragraphe à l'article 896.—Cette disposition eut pour objet de permettre l'établissement des majorats (1).

3° La modification de l'article 2166 par l'article 834 du code de procédure (2).

4° *La fixation du taux de l'intérêt.* — On pouvait, selon le code, prêter à quelque taux que ce fût. La loi du 3 septembre 1807 limita l'intérêt à 5 p. 100 en matière civile, à 6 p. 100 en matière commerciale.

5° *L'abolition du divorce*, par la loi du 8 mai 1816.

6° La loi du 14 juillet 1819, qui a modifié les articles 14, 726 et 912.

7° La loi du 12 mai 1826, qui rétablit, du moins en grande partie, les *substitutions* qu'avaient prohibées l'article 896 (3).

8° La loi du 21 mars 1832 *sur le recrutement* (4). — Aux

1798 est l'année demandée. Ainsi, les années 1, 2, 3, 4,... 12 de la République correspondent aux années 1793, 1794, 1795, 1196,... 1804 du calendrier grégorien.

— La concordance des jours des deux calendriers est facile à trouver. Chaque mois républicain est à cheval sur deux mois grégoriens. Ainsi, le mois de vendémiaire commence le 22 septembre et finit le 21 octobre ; il se compose, par consequent, de neuf jours pris sur le mois de septembre et de vingt et un pris sur le mois d'octobre.

Les 2, 3, 4, 5,..., 9 du mois de vendémiaire correspondent donc aux 23, 24, 25, 26,..., 30 du mois de septembre. Les 10, 11, 12,..., du mois de vendémiaire font les 1er, 2, 3,..., 21 du mois d'octobre.

— Le calendrier républicain a duré treize ans et cent jours, du 22 septembre 1792 au 1er janvier 1806.

(1) Cetté nouvelle disposition a été elle-même abrogée par les lois du 12 mai 1835 et du 7 mai 1849.

(2) Cet article 834 a été abrogée par la loi du 23 mars 1855, *sur la transcription en matière hypothécaire.*

(3) Cette loi a été à son tour abrogée par une autre loi, du 7 mai 1849, sur le rapport de notre regretté maître et ami M. Valette.

(4) Remplacée aujourd'hui par la loi du 27 juillet 1872.

termes de l'article 374 de notre code, un enfant pouvait, à dix-huit ans révolus, s'enrôler sans le consentement de son père ; il ne le peut aujourd'hui qu'à l'âge de vingt ans.

9° La loi du 7 avril 1832, qui a permis le *mariage entre beau-frère et belle-sœur*, sous la condition d'obtenir une dispense du gouvernement.

10° La loi du 20 mai 1838, *sur les vices rédhibitoires*. Elle a principalement eu pour objet de modifier les articles 1644 et 1648.

11° La loi du 30 juin 1838 *sur les aliénés*. Elle règle la condition des personnes qui, n'étant pas interdites, sont placées dans une maison d'aliénés.

12° Les lois du 17 mai 1832 et du 13 décembre 1848 qui ont adouci la *contrainte par corps* (aj. la loi du 22 juillet 1867).

13° Les lois du 29 avril 1845 *sur les irrigations ;* du 11 juillet 1847 sur le *droit d'appui* en matière d'irigation ; du 10 juin 1854 sur le libre écoulement des eaux provenant du *drainage*.

14° La loi des 13, 21 novembre et 3 décembre 1849 *sur la naturalisation* (remplacée elle-même par la loi du 29 juin 1867).

15° La loi du 11 juillet 1850, qui exige qu'on mentionne dans l'acte même de la célébration du mariage la date du contrat de mariage, ainsi que les nom et résidence du notaire qui l'a reçu. ou la mention que les époux se marient sans contrat.

16° La loi des 15, 22 novembre et 6 décembre 1850, *sur le désaveu de paternité en cas de séparation de corps.*

17° La loi des 22, 29 janvier et 7 février 1851, sur les individus *nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés*, et sur les enfants des étrangers naturalisés (loi qui elle-même a été modifiée par celle du 16 décembre 1874).

18° Le décret du 27 mars 1852, d'après lequel le code civil a repris la dénomination de *code Napoléon*.

19° La loi du 31 mai 1854, portant *abolition de la mort civile*.

20° La loi du 23 mars 1855, *sur la transcription en matière hypothécaire*.

21° La loi du 21 mai 1858, *sur la saisie des immeuble et des ordres*.

22° La loi du 14 juillet 1866, *sur les droits des héritiers et ayants cause des auteurs*.

23° La loi du 22 juillet 1867, qui supprime la *contrainte par corps* en matière commerciale, civile et contre les étrangers.

24° La loi du 15 juin 1872, relative aux *titres au porteur.*

25° La loi du 10 décembre 1874, *qui rend les navires susceptibles d'hypothèque.*

26° La loi du 27 février 1880, relative à l'*aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs ou aux interdits,* et *à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur.*

(b) [[Le code civil canadien.]]

[[**I. Histoire du code.** — La codification des lois civiles forme une époque dans l'histoire du Bas-Canada. L'initiative et la réalisation de ce projet est due à l'un de nos plus grands hommes d'État, sir George Étienne Cartier. Sur la proposition de cet homme éminent, la législature du Canada-Uni vota à l'unanimité, en 1857, la loi connue dans nos statuts comme le chapitre 2 des statuts refondus pour le Bas-Canada. Cette loi décrétait la nomination de trois commissaires " chargés de codifier les lois de " cette division de la province (le Bas-Canada), en matière " civile " *(a).* Ils furent chargés de réduire " en un code, qui " sera appelé le *Code civil du Bas-Canada,* les dispositions des " lois du Bas-Canada, qui se rapportent aux matières civiles, et " qui sont d'un caractère général et permanent, soit qu'elles " s'attachent aux affaires de commerce, ou à des affaires de toute " autre nature ". Les commissaires furent également chargés de préparer un code de procédure civile, et il fut déclaré que ces codes seraient rédigés sur le même " plan général et contiendront, " autant que cela pourra se faire convenablement, la même " somme de détails sur chaque sujet, que les codes français " connus sous le nom de *code civil, code de commerce* et *code de* " *procédure civile*". Après l'adoption de cette loi le gouvernement fit un choix très judicieux en confiant le travail de la codification à trois des juges les plus remarquables de la province, MM. Morin, Day et Caron *(b).* Les codificateurs se mirent à l'œuvre en 1859, leurs travaux durèrent cinq ans et le nouveau code fut définitivement adopté en 1865. Il entra en vigueur le 1er août 1866.

(*a*) La loi pourvoyait également à la nomination de deux secrétaires.

(*b*) On avait offert à sir L. H. Lafontaine de faire partie de la commission, mais il dut refuser pour des raisons de santé. Les secrétaires de la commission furent d'abord MM. Beaudry et Ramsay, plus tard juges. M. Ramsay, fut pendant la durée de la commission, remplacé par feu le juge Thos McCord.

Il est important de bien se rendre compte du travail accompli par les codificateurs. Dans leur deuxième rapport à la législature, ils expliquent ainsi le plan tracé par la loi ordonnant la codification, et les études qu'ils eurent à faire.

" Par l'acte qui a ordonné la confection de ce code, il est enjoint " aux commissaires d'y insérer les lois civiles d'un caractère " général et permanent actuellement en force : d'en exclure celles " qui ne le sont plus et de ne proposer que sous forme d'amen- " dements, à part et distinctement du reste, les changements qu'ils " croiront désirables ; et il leur est ordonné de fournir les raisons " et de citer les autorités qui les auront guidés dans leurs décisions " sur chaque sujet.

" Le but de chacune de ces exigences est apparent ; l'exposition " de l'ensemble du système, en facilitant les moyens de l'apprécier, " rend plus facile la tâche d'en corriger les défectuosités et d'en " suppléer les lacunes ; l'exposition des lois abolies ou tombées " en désuétude met à même de juger s'il convient de les laisser " telles ou de les faire revivre ; enfin la présentation d'amende- " ments offerts en regard, mais à part des lois en vigueur, aide à " décider s'ils sont préférables à celles auxquelles on veut les " substituer ou de nature à améliorer celles auxquelles on veut " les ajouter.

" L'on n'a pas voulu permettre l'abrogation, ni même l'altération " des lois en force, ni remettre en vigueur celles éteintes, si ce " n'est avec pleine connaissance de cause et après avoir été mis " en position d'en apprécier la nécessité ou les avantages.

" L'on ne saurait qu'applaudir, du moins, aux motifs qui ont " fait adopter ces précautions ; cependant l'on a reproché à la loi " de les avoir poussées trop loin ; l'on a dit qu'elle ne laissait pas " assez à la discrétion des commissaires, qu'elle ne leur accordait " pas une latitude suffisante, et qu'elle insistait sur des détails " inutiles ou peu nécessaires ; que de ces causes résultait un " accroissement de travail et une dépense de temps qui n'étaient " pas compensés par les avantages qu'on en attendait.

" Les commissaires n'étaient pas appelés à se prononcer sur la " valeur et la justesse de ces reproches ; pour eux, ayant accepté " la tâche qui leur était confiée, il était de leur devoir de l'exécuter " en la manière ordonnée. C'est ce qu'ils se sont efforcés de " faire par le passé, et ce qu'ils se proposent pour l'avenir.

" Cependant, ils se permettront de profiter de l'occasion pour " exprimer leur conviction, fondée sur l'expérience, que ce qui est " exigé d'eux offre des difficultés et requiert une somme de travail

4

" dont il est impossible de se faire une idée correcte, pour ceux " qui n'ont pas porté sur le sujet une attention particulière. Au " soutien de cette assertion, quelques détails succincts ne seront " pas ici hors de place.

" Le code Napoléon est, avec raison, considéré comme un chef-" d'œuvre dans son genre ; aussi l'a-t-on adopté, soit dans son " entier, soit avec des modifications plus ou moins considérables, " dans tous les pays, où, depuis sa confection, l'on s'est occupé de " codification ; il était donc tout naturel, à raison de la similitude " de nos lois avec celles de la France à l'époque où elles furent " codifiées, qu'on nous donnât son code pour modèle, et qu'on " l'indiquât comme base de celui qu'on voulait faire.

" Quoique cette similitude ait été assez notablement altérée " par le nouveau code, elle était encore assez grande pour qu'il " fût possible, sans trop de risque, de permettre aux commissaires " d'en adopter les dispositions qu'ils auraient approuvées en " retranchant ou altérant celles dont l'expérience en France ou " ailleurs, a démontré l'inutilité ou la défectuosité, et en y inter-" calant celles que nos lois et nos circonstances particulières " peuvent requérir. Cette manière de procéder, si elle eût été " permise, aurait rendu la tâche comparativement légère.

" Mais la législature ne l'a pas voulu ; elle a bien, à la vérité, " indiqué le code français comme modèle quant au plan à suivre, " à la division des matières et aux détails à fournir sur chaque " sujet ; mais tout cela n'est qu'accessoire et ne regarde que la " forme ; quant au fond, il est ordonné que le code à faire se com-" posera exclusivement de nos propres lois. Ce qui est loi en " force doit y être inclus ; ce qui ne l'est pas doit en être exclus, " ou peut, tout au plus, être proposé à part comme altération " admissible.

" Pour connaître les lois dont doit se composer le code, il fallait " en faire la recherche aux différentes sources d'où elles originent, " sources si variées, et plus nombreuses, peut-être, que dans aucun " autre pays et dont la longue énumération serait ici hors de place.

" La recherche une fois complétée, commence le travail non " moins important et plus difficile peut-être, de déterminer celles " de ces lois qui, ayant été en force, ont cessé de l'être par l'effet " de la législation, de la désuétude ou de la jurisprudence. A " ces fins il fallait parcourir les statuts impériaux affectant le " Canada, et ceux passés par nos différentes législatures ; recher-" cher les décisions, les usages et la pratique des tribunaux en " Angleterre et en France ; et sur le tout consulter les rapports, " écrits et commentaires des auteurs si nombreux et si variés.

" Mais sur une infinité de points, il y a incertitude et divergence " d'opinions ; la législature a gardé le silence, les tribunaux ne " sont pas d'accord, les auteurs diffèrent ; cependant, dans tous les " cas, il faut se prononcer, et les commissaires doivent déclarer " quelle est, dans leur opinion, la loi sur le sujet, et offrir les rai- " sons et les autorités sur lesquelles sont fondées leurs décisions.

" Il y a plus ; souvent il arrive qu'après avoir, avec beaucoup " de travail, décidé quelle est la loi sur un point donné, les com- " missaires sont d'avis que cette loi devrait être changée ou rap- " pelée entièrement. Alors, non seulement le premier travail " devient inutile, mais il en faut un second pour formuler et " et expliquer les dispositions nouvelles qu'ils désirent substituer."

J'ai reproduit cette longue citation parce qu'elle fait bien comprendre la nature et l'étendue du travail accompli par les commissaires. Il me suffira maintenant, pour compléter cette notice historique, de rapporter quelques indications sommaires.

Les commissaires ont présenté en tout huit rapports à la législature.

Le premier rapport, en date du 12 octobre 1861, contient le projet du titre des *Obligations* par lequel on avait commencé.

Le deuxième, le 28 mai 1862, comprend tout le premier livre du code.

Le troisième, le 24 décembre 1862, le deuxième livre et le titre de la *Prescription*.

Le quatrième rapport, daté du 25 février 1863, contient les titres de la *Vente*, de l'*Échange* et du *Louage*.

Le cinquième, 19 janvier 1864, les titres des *Successions*, des *Donations entrevifs et testamentaires*, et des *Conventions matrimoniales*.

Le sixième, 8 juillet 1864, renferme les titres du *Mandat*, du *Prêt*, du *Dépôt*, de la *Société*, de la *Rentes viagères*, des *Transactions*, du *Jeu et du pari*, du *Cautionnement*, du *Contrat de nantissement*, des *Privilèges et Hypothèques*, de l'*Enregistrement* et de l'*Emprisonnement en matières civiles*.

Le septième rapport, daté du 25 novembre 1864, contient tout le quatrième livre du code. Il fut accompagné d'un rapport supplémentaire, le huitième, où l'on faisait quelques corrections.

Le 31 janvier 1865, sir Georges Etienne Cartier présenta un projet de loi à l'effet d'adopter le nouveau code. Une commission spéciale mit le projet à l'étude, fit son rapport et le 8 septembre 1865, le *bill* fut sanctionné, 29 Vic., ch. 41.

Les commissaires furent alors de nouveau saisis du code, ils le

soumirent à une révision générale afin d'y inclure les changements adoptés par la législature et firent leur rapport final qui porte la date du 23 mai 1866. Le 26 du même mois, la proclamation du gouverneur émana et le 1er août 1866 le code civil entra définitivement en vigueur *(a)*.

II. Effet légal de la codification. — Il nous reste maintenant à faire une revue des principaux changements que le code civil a apportés à nos lois et à notre jurisprudence civiles. Avant d'en tracer le tableau, nous aurons tout d'abord à nous demander quelle a été l'effet légal de la codification elle-même.

Il est exact de dire qu'il n'y a pas, à proprement parler, de droit ancien ni de droit nouveau en cette province. Le but même de la codification n'était pas d'élaborer un nouveau code de lois qui s'inspirerait plus ou moins de l'ancienne jurisprudence, mais de donner à des lois existantes, et que la législature voulait conserver, une expression concise. Cela est si vrai, que les commissaires durent, d'après les instructions formelles du législateur, rechercher les lois qui étaient en vigueur, écarter celles qui avaient été abrogées ou qui étaient tombées en désuétude et, quelle que fût leur opinion quant à l'opportunité de changer certaines dispositions de ces lois, faire du tout un code concis qui serait soumis à l'approbation de la législature. Il leur fut seulement permis de proposer des amendements et ces amendements devaient suivre l'article qui énonçait la disposition alors en vigueur et que l'on voulait faire modifier. La législature discuta le projet, elle adopta quelques-uns des changements suggérés et en écarta d'autres. Il en résulte que, dans la pensée du législateur, le code civil n'est que l'expression des lois civiles existantes, sauf quelques amendements qu'on a eu le soin d'imprimer entre crochets. Sous ce rapport, bien que les auteurs du code Napoléon ne se soient pas posés en novateurs, il y a une distinction capitale à faire entre le code Napoléon et le code civil du Bas-Canada. En France, la révolution avait fait table rase de tout, les anciennes lois avaient été profondément modifiées, un nouveau droit, qu'on est convenu d'appeler le *droit intermédiaire*, résultat du travail législatif des corps publics qui se succédèrent en France, y avait été greffé. L'on avait aboli les substitutions, mis des entraves à la disposition à titre gratuit des immeubles, et introduit le divorce, et finalement l'on adopta un code de lois, qui s'inspire largement du droit

---

(*a*) On pourra consulter, sur les travaux des commissaires, la préface de la première édition du code civil par le juge Thomas McCord.

de l'ancien régime, mais qui n'en constitue pas moins un droit nouveau. Ici, il en a été autrement et notre code n'est que l'expression, plus ou moins *modernisée*, si nous pouvons nous exprimer ainsi, de l'ancien droit civil du Bas-Canada.

L'article 2613 s'exprime ainsi sur l'effet légal de la codification.

2613.—" Les lois en force, lors de la mise en force de ce code, " sont abrogées dans les cas :

" Où il contient une disposition qui a expressément ou implicitement cet effet ;

" Où elles sont contraires ou incompatibles avec quelques dispositions qu'il contient ;

" Où il contient une disposition expresse sur le sujet particulier de telles lois.

" Sauf toujours qu'en ce qui concerne les transactions, matières " et choses antérieures à la mise en force de ce code et auxquelles " on ne pourrait en appliquer les dispositions sans leur donner un " effet rétroactif, les dispositions de la loi qui, sans ce code, s'ap- " pliqueraient à ces transactions, matières et choses, restent en " force et s'y appliquent, et ce code ne s'y applique qu'en autant " qu'il coïncide avec ces dispositions."

A cela, ajoutons l'article 2615 qui complète la pensée du législateur.

2615.—" Dans les cas de différence entre les deux textes du pré- " sent code sur les lois existantes à l'époque de sa promulgation, le " texte le plus compatible avec les dispositions des lois existantes " doit prévaloir. Si la différence se trouve dans un article indi- " qué comme modifiant les lois existantes, le texte le plus compa- " tible avec l'intention de l'article, d'après les règles ordinaires " d'interprétation, doit prévaloir."

Il résulte de ces deux articles que ce qu'on peut appeler l'ancien droit n'est abrogé que lorsque le code civil contient une disposition qui a expressément ou implicitement cet effet, ou qui s'exprime d'une manière expresse sur le sujet particulier de ces lois, enfin lorsque la doctrine du droit ancien est contraire à celle du code ou incompatible avec ses dispositions. Hors de ces cas, l'ancien droit est encore en vigueur, sauf naturellement le cas de désuétude.

Les dispositions de droit nouveau, nous l'avons dit, sont imprimées entre crochets, les autres dispositions sont censées être déclaratoires de la loi et de la jurisprudence en vigueur lors de la mise en force du code, on aura donc recours à ces lois et à cette jurisprudence, quand la disposition doit être

l'objet de l'interprétation juridique. Autre conséquence, quand le code civil est muet sur un sujet quelconque, il faudra référer au droit ancien. Ainsi, dans les cas de contrainte par corps et généralement dans toute la procédure, on a recours à l'ordonnance de 1667, lorsque le code de procédure ne décide pas formellement une question *(a)*.

L'article 2615 se rapporte aux deux textes du code qui sont chacun d'eux authentiques. Si la disposition n'est pas de droit nouveau, on adoptera la version la plus compatible avec la doctrine du droit ancien. Si, au contraire, cette disposition est de droit nouveau, l'on suivra, dit le législateur, les règles ordinaires d'interprétation. Dans la cause de *Harrington et al. & Corse* (26 L. C. J., p. 108) jugée par la cour d'appel, le juge Ramsay s'est occupé de cette conciliation des deux versions quand il s'agit d'une disposition de droit nouveau. Toutes choses étant égales, il déclare qu'il adoptera le texte qui se rapproche le plus du droit ancien. On pose, ajoute-t-il, quelquefois, la règle que s'il s'agit d'une question de droit français, l'on doit suivre plutôt le texte français, et le texte anglais, quand la disposition est tirée du droit anglais. Il n'admet toutefois cette règle que d'une manière fort restreinte et seulement pour interprêter une expression technique. Une autre ressource, serait de trouver lequel des deux textes est l'original et lequel, la traduction. Mais outre qu'il sera presque toujours impossible de faire cette constatation, le juge Ramsay ajoute que le plus souvent, de sa connaissance personnelle, les deux textes étaient originaux. Dans l'espèce, il s'agissait d'interprêter l'article 889 du code civil et le savant juge adopta le texte anglais parce que ce texte était plus conforme à l'article correspondant du code Napoléon *(b)*.

Pendant qu'il est question des articles 2613 et 2615, il convient de rapporter brièvement la jurisprudence qui se rattache à ces deux articles. Ainsi, dans une cause généralement désignée comme *Yule v. Braithwaite*, mais qui devrait s'appeler *Braithwaite, Ex parte* (12 L. C. J., p. 207), le juge Monk a permis, en 1868, à un exécuteur testamentaire, nommé avant le code, de renoncer à sa charge, conformément à l'article 911 du code civil

(*a*) Les articles 1360 et 1361 du code de procédure civile contiennent des dispositions analogues à celles des articles 2613 et 2615 du code civil.

(*b*) Remarquons, en passant, que dans le cas de l'article 1961 du code civil, la cour d'appel a déclaré que la version anglaise seule exprime l'intention du législateur. (R. J. Q., 3 B. R., p. 200.)

qui est de droit nouveau. On ne paraît pas avoir soulevé la question de l'application de cet article, mais je crois qu'il y a bien jugé dans cette décision, car quand une loi nouvelle permet à une personne de se libérer d'une charge, il importe peu, à mon avis, que l'acceptation de la charge fût ou non antérieure à la loi en question.

Dans la cause de *Montizambert & Dumontier* (4 Q. L. R., p. 234) la cour d'appel a décidé en 1877 que les dispositions du chapitre 37 des statuts refondus pour le Bas-Canada, articles 74-6, avaient été abrogées par l'effet des articles 2168, 2169, 2170 et 2171 du code civil qui contiennent des dispositions expresses sur ce sujet.

Dans la cause de *Chouinard et vir. v. Chouinard et al.* (13 Q. L. R., p. 275), jugée en 1886 par le juge Casault, la cour supérieure a décidé que lorsque, dans un testament, qui a reçu son exécution par la mort du testateur avant la mise en force du code civil, le testateur a exprimé la volonté que l'exécution du testament fût continuée jusqu'à l'arrivée d'un événement déterminé, et que les exécuteurs sont morts sans se donner les successeurs que le testateur les avait chargés de nommer, le tribunal ou le juge peut, en vertu des pouvoirs conférés par l'article 924 du code civil, et sans donner à cet article un effet rétroactif, nommer un exécuteur pour continuer l'exécution du testament.

Enfin, dans la cause de *Dubord v. Aubin* (17 R. L., p. 414), décidée en 1889, le juge Mathieu a décidé que l'article 1313 étant de droit nouveau et l'article 1312 contenant aussi des modifications à l'ancien droit, les dispositions nouvelles de ces articles ne s'appliquent pas aux causes en séparation de biens antérieures au code.

III. Changements apportés par le code civil aux lois existantes.— Il me faut maintenant énumérer quelques uns des changements que le code civil a apporté aux lois existantes. Je ne ferai que signaler ce qu'il y a de plus saillant, car chaque amendement sera apprécié en temps et lieu. Ainsi, l'ancien droit n'accordait l'envoi en possession des biens d'un absent qu'au bout de dix ans, l'article 93 réduit ce terme de moitié. L'article 388 déclare que les rentes constituées et toutes les rentes perpétuelles ou viagères, sauf l'emphythéose, sont meubles. Des changements très importants se rencontrent dans le titre des successions. Il n'importe plus que les biens soient meubles ou immeubles, conquets ou propres. Ils ne forment, aux termes de l'article 599, qu'une

seule et même hérédité. L'ordre des successions est modifié ; il m'est impossible de rien préciser, les indications viendr en temps et lieu. L'héritier bénéficiaire n'est plus exclu en lig collatérale par celui qui offre de se porter héritier pur et sim (art. 683). Aux termes de l'article 932, la substitution ne p plus s'étendre qu'à deux degrés outre l'institué ; telle était doctrine du vieux droit français, mais on considérait cette doctr modifiée par la liberté illimitée de tester. L'article 1012 ab le recours que les majeurs pouvaient exercer contre leurs contr en cas de lésion, c'est un des changements les plus notables code. Mais la modification la plus importante en même tem que la plus radicale, c'est celle de l'article 1025 qui déclare q le consentement seul suffit pour transférer la propriété, sans tradition. L'article 1040 soumet l'action paulienne à la presc tion annale. La théorie des fautes subit, à l'article 1064, changement radical. Il ne sera plus question de la faute lour légère ou très-légère, on exigera seulement les soins d'un b père de famille *(a)*. La remise de la part de l'un de plusieu créanciers solidaires, n'affecte plus que la part de ce créanc (art. 1101). Depuis le code civil, un seul notaire peut recev les actes, sauf le cas des testaments (art. 1208). L'article 12 abolit le don mutuel d'usufruit. Des changements sont introdu quant aux ventes à réméré, il en sera question plus tard ; il en de même du titre des *Rentes viagères*, au sujet duquel fais le même renvoi. Maintenant le créancier peut, en cas stipulation à cet effet, garder le gage, à défaut de paiement (a 1971). Au titre de l'*Enregistrement des droits réels*, il y a tr de changements, pour que je puisse en parler ici. Du res ces dispositions ont été encore modifiées depuis la codificati L'article 2202 déclare que la bonne foi se présume toujours da la possession. De notables changements ont été faits au titre la *prescription*, il en sera également question plus loin.

Je ne prétends pas avoir indiqué toutes les modificatio importantes que le code civil a fait subir à l'ancien droit. Po cela, il aurait fallu écrire un traité à part, alors qu'il vaut bi mieux renvoyer le lecteur aux précis que MM. de Bellefeuille McCord impriment en tête de leurs codes. J'aurai d'ailleu l'occasion d'y revenir en temps et lieu et ce que j'en di aura alors plus de suite.

(*a*) Ce qui n'empêche pas que l'étendue de la faute se mesu toujours par la nature du devoir.

Il est presque superflu d'ajouter que le code civil a été amendé d'année en année par le pouvoir législatif. C'est un droit dont nos législateurs ont usé largement et abusé quelque peu. Ces amendements ont été réunis dans les statuts refondus de la province de Québec de 1888. On y trouvera le texte définitif des articles modifiés. Depuis ce temps, cependant, la machine législative fonctionne toujours et le code civil s'en ressent.

IV. Comparaison entre le code civil du Bas-Canada et le code Napoléon. — Je suis également forcé de renvoyer, au corps de cet ouvrage, la comparaison qu'il eût été intéressant de faire entre notre code civil et le code Napoléon. Cette comparaison d'ailleurs se fera bien mieux à toutes les pages de ce volume. Je puis cependant indiquer quelques points de différence un peu saillants et qui ressortissent d'une lecture des tables des deux codes. Ainsi, le titre du *Divorce* du code Napoléon a été remplacé dans notre code par celui de la *Séparation de corps*. Nous n'avons pas le titre de l'*Adoption et de la tutelle officieuse*. De son côté, le code Napoléon n'a pas les titres des *Corporations* et de l'*Emphytéose*. Le titre du *Douaire*, dans notre code, est remplacé par celui du *Régime dotal* dans le code Napoléon, un ordre tout différent d'idées, puisque le dot est pour le mari, le douaire pour la femme. Dans le code Napoléon, l'*inscription*, qui répond à notre *enregistrement* fait partie du titre des *Privilèges et hypothèques*. Ce code contient également un titre de l'*Expropriation forcée et des ordres entre les créanciers*, matières qui, dans notre droit, font partie du code de procédure civile. Enfin nous avons dans le quatrième livre du code civil des lois commerciales qui en France sont la matière du code de commerce. Cette partie du code est un hors d'œuvre à moins qu'on n'étende la signification des mots *droit civil* de manière à y comprendre tout ce qui est de droit privé. Il n'en sera pas question dans cet ouvrage.]]

LE DROIT CIVIL CANADIEN

TITRE PRÉLIMINAIRE

DE LA PUBLICATION, [[DE LA DISTRIBUTION,]] DES EFFETS ET DE L'APPLICATION, [[DE L'INTERPRÉTATION ET DE L'EXÉCUTION]] DES LOIS EN GÉNÉRAL

Les règles qui régissent cette matière n'appartiennent à aucun code en particulier; elles sont comme les prolégomènes de toutes les lois. Si le législateur en a fait le titre préliminaire du code civil, c'est qu'il lui a semblé qu'elles devaient naturellement avoir leur place dans le code appelé à être le premier mis à exécution, et qui plus que tout autre embrasse l'universalité des choses et des personnes.

§ I. — *De la promulgation et de la publication des lois*

Les mots *promulgation* et *publication* de la loi étaient autrefois synonymes; on les définissait l'un par l'autre. La *promulgation*, disait-on, est la *publication* de la loi avec les formalités requises. — La *promulgation* et la *sanction* de la loi, qui avaient ordinairement lieu par un seul et même acte, furent elles-mêmes prises l'une pour l'autre. — Aujourd'hui les lois et la science du droit ont assigné à chacun de ces mots une signification différente.

La *sanction* était autrefois l'acte par lequel le roi donnait son adhésion à un projet de loi qu'avait adopté déjà un autre pouvoir concourant avec lui à l'exercice de la puissance législative.

[[Telle est encore la doctrine de notre droit public. Tout parlement ou législature dans l'empire britannique étant composé du souverain et d'une ou de deux chambres ou assemblées, une mesure ne devient loi qu'à la condition de recevoir l'approbation de toutes les branches de la législature. Il est toutefois inouï que, sous le régime du gouvernement responsable, le souverain refuse sa sanction à une mesure votée par le parlement. Cette dernière

remarque ne s'applique, à strictement parler, qu'au parlement impérial, car les actes des législatures coloniales peuvent être réservés et la sanction royale peut ne leur être pas accordée]]

La *promulgation* est l'acte par lequel le chef de l'État atteste au corps social l'existence de la loi, et donne ordre à tous les citoyens de l'observer, et à toutes les autorités de la faire respecter et exécuter *(a)*.

Ainsi, la différence entre la *sanction* et la *promulgation* est bien marquée. La *sanction* se rapporte à la *formation* de la loi, dont elle est le complément nécessaire ; c'est elle qui la rend parfaite. La *promulgation*, au contraire, suppose l'existence de la loi ; elle n'a trait qu'à son *exécution :* c'est l'acte par lequel le chef de l'État lui imprime une force qu'elle n'a pas encore, la force *exécutoire.*

Le roi qui *sanctionnait* la loi agissait comme pouvoir *législatif :* il agissait, au contraire, comme pouvoir *exécutif*, quand il la *promulguait.*

La *publication* est le mode employé pour porter à la connaissance des citoyens et des autorités l'existence et la promulgation de la loi : *Publicatio est divulgatio legis et promulgationis.*

La loi qui est *formée*, et qui n'est pas *promulguée*, existe sans doute, mais elle n'est pas exécutoire. Lorsqu'elle est promulguée, elle est *exécutoire*, sans doute, mais elle n'est pas encore *obligatoire :* elle ne l'est qu'à partir du moment où sa promulgation est devenue notoire *(b)*, Je m'explique par une comparaison.

Le jugement que vient de rendre un tribunal a certainement en lui la vertu *d'obliger* la partie contre laquelle il a été rendu ; mais on ne peut l'exécuter, le faire valoir contre elle, qu'après qu'on le lui a notifié *(c)*. Il en est de même de la loi : dès qu'elle est promulguée, elle renferme en elle le principe de l'obéis-

---

(*a*) Dans notre système, ainsi que nous le verrons plus loin, la *promulgation* des lois n'est pas toujours essentielle, ou plutôt elle se confond avec la *sanction*. Ainsi, une loi qui entre en vigueur le jour de sa sanction, ne reçoit pas d'autre promulgation que cette sanction même.

(*b*) Tel n'est pas notre droit. La *publication* de la loi n'est nécessaire que lorsque la loi elle-même, ou une disposition spéciale de la loi générale concernant la promulgation, l'exige. Du reste nos lois reçoivent assez souvent une promulgation pratique par leur publication dans la *Gazette Officielle.*

(*c*) La signification des jugements n'est requise dans notre droit que lorsque le jugement lui-même le requiert—Art. 476 C. P. C. Toutefois les jugements en déclaration d'hypothèque ou sur déclaration de tiers-saisi doivent être signifiés.

sance qui lui est due : mais, comme elle doit avertir avant de frapper, en fait, elle n'oblige réellement les citoyens qu'à partir du moment où ils l'ont connue ou pu connaître : c'est donc sa publication qui fait qu'elle oblige *(a)*.

Ainsi, la *sanction* complète la loi.

La *promulgation* lui imprime une force qu'elle n'avait pas, la force *exécutoire :* " La loi, dit l'article 1er du code Napoléon, est *exécutoire* en vertu de la promulgation " *(b)*.

Le mode employé pour porter la loi à la connaissance du public n'a pas toujours été le même.

Sous l'ancienne monarchie, la loi était adressée aux cours souveraines, qui la vérifiaient et l'enregistraient.

Dans certains ressorts, dès qu'elle était enregistrée par le Parlement, elle était réputée connue de tous les habitants domiciliés dans le ressort de ce Parlement. C'était, comme on le voit, une publication fictive.

Dans d'autres ressorts, l'enregistrement était considéré comme la *sanction* de la loi. Elle n'était promulguée, réputée connue, qu'après qu'elle avait été envoyée aux sénéchaussées et bailliages qui en faisaient lecture en audience publique (1). Ce mode de publication, quoique plus réel que le précédent, était encore insuffisant : il n'instruisait, en effet, que ceux qui, assistant à l'audience, entendaient la lecture de la loi.

L'Assemblée Constituante l'abandonna. La loi, dès qu'elle était faite, était envoyée aux tribunaux, aux corps administratifs et aux municipalités, qui, après l'avoir aussitôt transcrite sur leurs registres, en faisaient la lecture et la faisaient *afficher*. Dès qu'elle était affichée, elle était réputée connue, et, par conséquent, obligatoire (2).

La Convention alla plus loin dans la voie d'une publication réelle et effective. Toute loi dès qu'elle était faite, était imprimée dans un Bulletin appelé *Bulletin officiel des lois ;* ce *Bulletin* était adressé aux autorités constituées, et il en était, dans chaque lieu, donné lecture au peuple, assemblé *à son de trompe ou de tambour* (3).

---

(1) Voy. Toullier, *Droit civil français*, t. I. n°s 61 et suiv.

(2) Décret du 9 nouembre 1789.

(3) Décret du 14 frimaire an II.

(*a*) Voy. cependant les notes *a* et *b* de la page précédente.

(*b*) J'ai cru qu'il serait intéressant de reproduire ce que dit Mourlon de la promulgation des lois en France.

La loi du 12 vendémiaire an IV supprima la publication par lecture publique, affiches, son de trompe ou de tambour; elle maintint l'usage de l'impression de la loi au *Bulletin officiel*, et décida que, dans chaque département, la loi serait réputée connue à partir du jour où le *Bulletin* serait parvenue au chef-lieu. C'était un retour au système d'une publication purement fictive.

[[Je donne cet exposé du droit français comme renseignement historique. Notre droit sur la sanction et la promulgation des lois est tiré du droit public anglais. Je parlerai maintenant de la *sanction*, de la *promulgation* et de la *publication* de nos lois.

Et d'abord nos lois émanent de trois sources: du parlement impérial, du parlement fédéral ou canadien, et de la législature de la province de Québec.

I. Le parlement impérial. — L'article 1er *(a)* du code civil se rapporte à la législation impériale. " Les actes du parlement impérial affectant le Canada," dit-il, " y sont censés " promulgués et y deviennent exécutoires à compter du jour où " ils ont reçu la sanction royale, à moins qu'une autre époque " n'y soit fixée. "

Il faut cependant remarquer qu'aucune loi émanant du parlement impérial n'affecte le Canada, ainsi que les autres colonies, qu'à moins d'une déclaration expresse à cet effet. Depuis que le Canada et les colonies ont été dotés d'une constitution et du droit de gérer leurs affaires, le pouvoir législatif du parlement impérial se borne, règle générale, au Royaume-Uni. Les lois anglaises qui nous affectent sont toujours publiées dans nos recueils de statuts.

Dans sa première rédaction, l'article 2 s'appliquait à la législature du Canada-Uni. Sa rédaction a été changée par les Statuts refondus de la province de Québec et il ne s'applique maintenant qu'à la législature de cette province. Donc pour ne pas intervertir l'ordre hiérarchique des corps législatifs, nous ne citerons cet article qu'après avoir rapporté les dispositions qui règlent la sanction, la promulgation et la publication des lois qui émanent du parlement fédéral.

(*a*) Quand je cite un article sans référer à un code, j'entends par là les articles de notre code civil. Je ne reproduis les articles du code Napoléon que comme exemple ou pour mieux faire constater les différences entre nos articles et les articles correspondants du code français.

II. Le parlement fédéral. — Le droit de sanction des lois fédérales appartient à la Reine. Elle exerce ce pouvoir par l'entremise du gouverneur-général. Aux termes de l'article 55 de l'*Acte de l'Amérique Britannique du Nord*, 1867, lorsqu'un *bill (a)* voté par les chambres du parlement, est présenté au gouverneur-général pour la sanction de la Reine, le gouverneur-général doit déclarer, à sa discrétion, mais sujet aux dispositions du dit acte et aux instructions de Sa Majesté, ou bien qu'il le sanctionne au nom de la Reine, ou qu'il refuse cette sanction, ou bien qu'il réserve le *bill* pour la signification du bon plaisir de la Reine.

Après avoir donné sa sanction à un projet de loi, au nom de la Reine, le gouverneur-général doit, à la première occasion favorable, transmettre une copie de l'acte à l'un des principaux secrétaires d'État de Sa Majesté ; et si la Reine en conseil, dans les deux ans après que le secrétaire d'État aura reçu cet acte, juge à propos de le désavouer, ce désaveu, — accompagné d'un certificat du secrétaire d'État, constatant le jour où il aura reçu l'acte, — étant signifié par le gouverneur-général, par discours ou message, à chacune des deux chambres du parlement, ou par proclamation, annulera l'acte, à compter du jour de telle signification (art. 56).

Un projet de loi réservé à la signification du bon plaisir de la Reine n'a ni force ni effet avant et à moins que dans les deux ans à compter du jour où il aura été présenté au gouverneur-général pour recevoir la sanction de la Reine, ce dernier ni signifie, par discours ou message, à chacune des deux chambres du parlement, ou par proclamation, que cet acte a reçu la sanction de la Reine en conseil (art. 57).

Voilà pour la sanction des lois fédérales. Quant à leur promulgation, la règle est la même que pour les lois qui émanent du parlement fédéral. La loi est censée promulguée et entre en vigueur du jour de sa sanction à moins qu'un autre jour ne soit fixé par la loi elle-même pour sa mise en opération (S. R. C., ch. 1, art. 5).

Les lois fédérales sont publiées dans des volumes ou recueils annuels, mais cette publication est le plus souvent subséquente à leur mise à exécution.

III. La législature de la province de Quebec. — Dans les provinces de la confédération canadienne, une règle analogue

---

(*a*) Le *bill*, c'est le projet de loi avant sa sanction.

à celle que nous avons exposée ci-dessus s'applique à la sanction des projets de loi. Ainsi le lieutenant-gouverneur déclare qu'il donne la sanction royale, ou qu'il la refuse, ou qu'il réserve le *bill* pour la signification du bon plaisir du gouverneur-général. S'il sanctionne une mesure, l'acte peut être désavoué dans l'espace d'un an, et alors et à compter du désaveu, il cessera d'avoir effet. Si le lieutenant-gouverneur réserve le *bill*, il n'entrera en vigueur que si le lieutenant-gouverneur, dans le même espace d'un an, signifie qu'il a été sanctionné par le gouverneur-général *(Acte de l'Amérique Britannique du Nord*, art. 90).

L'article 2 du code civil fixe le mode de promulgation des lois de la législature de la province de Québec. Voici le texte de cet article tel qu'amendé par l'article 5770 S. R. P. Q.

2. — " Les actes de la législature sont réputés promulgués : — " 1° s'ils sont sanctionnés par le lieutenant-gouverneur, à compter de cette sanction ; — 2° s'ils sont réservés, à compter du " moment où le lieutenant-gouverneur fait connaître, soit par " proclamation, soit par discours ou message adressé au corps " législatif, qu'ils ont reçu la sanction du gouverneur-général en " conseil. Cependant, hormis qu'une autre époque ne soit fixée " pour leur mise à exécution, ils ne deviennent exécutoires que le " soixantième jour après celui de leur sanction, s'ils n'ont pas été " réservés ; et s'ils ont été réservés et subséquemment sanctionnés, " que le dixième jour après celui de leur publication dans la " *Gazette Officielle de Québec*" *(a)*.

Avant de commenter l'article 2, nous devons citer l'article 3 qui en est le complément. Voici les termes de cet article, dont nous donnons le texte d'après l'article 5771 des Statuts refondus de la province de Québec.

3. — " Tout acte provincial, sanctionné par le lieutenant-gou" verneur, cesse d'avoir force et effet du moment où il a été an" noncé soit par proclamation, soit par discours ou message adressé " au corps législatif, que cet acte a été désavoué par le gouver" neur-général en conseil dans l'année qui a suivi la réception de " la copie authentique de cet acte qui a été transmise au gouver" neur-général."

Cet article n'exigeant aucune explication, nous nous occuperons de l'article 2 cité plus haut. La disposition qu'énonce cet article est plus équitable que celle qui régit la promulgation des lois fédérales et impériales. Elle ne consacre pas la présomption

(*a*) Voir aussi, dans le même sens, l'article 2 des Statuts refondus de la province de Québec.

absurde et souverainement injuste, que le public est censé connaître la loi dès l'instant de sa sanction. Elle est du reste plus simple que le système du droit français (art. 2 C. N.) qui fait dépendre la mise à exécution des lois dans les différentes parties de la France de la distance qui les sépare de la capitale.

Le corollaire de ce principe que la loi oblige dès sa promulgation *(a)*, c'est que tout le monde est censé connaître la loi. Ainsi ce n'est pas une excuse de dire qu'on ne savait pas que tel acte était prohibé; l'ignorance loin d'être une excuse, est presqu'une faute.]]

Cette présomption n'admet point, en principe, de preuve contraire. Aucune personne ne peut prétendre que, à raison d'une circonstance particulière, elle a été dans l'impossibilité de connaître la loi et sa promulgation; dès que ses concitoyens ont pu la connaître, elle est réputée l'avoir connue elle-même. La loi, qui, en effet, prend les hommes en masse, a dû, afin d'éviter toute controverse à cet égard et de couper court aux procès, établir une présomption générale, applicable à tous.

Mais, s'il s'est rencontré un obstacle absolu, tel qu'une inondation, une invasion ennemie, qui a empêché toute une localité de connaître la promulgation dans le délai légal, la loi, n'ayant pas pu être connue, ne peut pas être réputée l'avoir été.

[[Le texte de l'article 1er du code Napoléon justifie cette décision. Il dit que]] la loi sera exécutée quand la promulgation *pourra* être connue ! N'est-ce pas dire, par *a contrario*, qu'elle ne doit pas être exécutée contre les habitants des localités qui *n'ont pas pu* la connaître ? Un article de loi, rédigé dans ce sens, fut proposé au conseil d'État, qui ne le rejeta que parce qu'il lui parut inutile (1)

[[On ne peut difficilement imaginer ici de cas comme celui que suppose Mourlon. D'abord, quant aux lois impériales ou fédérales, elles sont exécutoires le jour même de leur sanction, à moins qu'une autre date ne soit fixée, et le délai pour la mise en force des lois provinciales, sauf le cas d'une disposition contraire, est si considérable qu'on ne peut guère supposer un obstacle qui dure aussi longtemps. Il est arrivé, toutefois, que pendant tout un hiver les îles de la Madeleine ont été privées de communication avec la terre ferme et il ne semblerait que juste de tenir compte de l'im-

(1) Voy. MM. Aubry & Rau, t. I, § 26, p. 50.

(*a*) Ainsi que nous l'avons dit, la promulgation se confond souvent avec la sanction.

possibilité dans laquelle cette situation mettrait les habitants ces îles de connaître les lois votées par la législature. Quoiq aucun texte ne nous vienne en aide, le principe énoncé par Mou lon et la plupart des auteurs est si raisonnable que, surtout qua il s'agit d'une loi entraînant des conséquences pénales, il ser peut-être permis de l'appliquer ici dans le cas d'impossibil absolue, pour une partie du pays, de connaître la loi. En eff comme le dit le proverbe, la nécessité ne connaît pas de loi.

Avant de citer les décisions qui peuvent s'appliquer à l'artic 2, nous allons nous occuper de la grave question de la rétroac vité ou non rétroactivité des lois.]]

§ III. — *Sur quel temps la loi exerce son empire.*

Si la loi réglait le passé, si un droit légitimement acquis po vait être ravi, si un acte accompli alors qu'il était licite pouv ensuite être puni, il n'y aurait plus ni liberté civile ni sécurit la vie, la fortune et l'honneur des citoyens, privés de toute gara tie, seraient éternellement en question; la société ne serait p possible! [[Le code Napoléon a paré à cet inconvénient par u disposition expresse, celle de l'article 2]] : *La loi ne dispose q pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* (a).

[[Nous n'avons pas de disposition semblable, mais, quand el serait écrite dans notre code, elle n'obligerait pas le]] *législateu* ce n'est pas une règle *constitutionnelle.* Il en était différe ment, il est vrai, sous l'empire de la Constitution de l'an III, do l'article 4 faisait défense au législateur de décréter des lois rétr actives ; mais aucune des Constitutions postérieures n'a consac

---

(*a*) Au sujet de cet article 2 du code Napoléon, nos codificateu s'expriment comme suit : " Un article qui avait été copié du co " Napoléon a été omis, non parce que la règle qu'il consacre est inco " recte ou douteuse, mais parce que l'énonciation en a paru inutile " même dangereuse. inutile à l'égard du législateur, qui aurait to " jours droit de ne s'y pas conformer ; dangereuse quant au juge q " pourrait la regarder comme réagissant sur le passé et influant s " les nombreuses lois de cette nature, auxquelles, sous cette impre " sion, il refuserait, quoiqu'à tort, de donner effet." Ils ajoutent q l'on n'a admis cet article en France que parce qu'on n'avait pas craindre le même inconvénient quant aux lois antérieures. Ils refère à Proudhon par Valette, t. I[er], p. 20 à 76.— Valette, 2, 3. — Demant t. I[er], 11, 12, 27, 28. — Locré, *Esprit du code*, t. I[er], p. 193. — Marcad t. I[er], 13. Le seule disposition que nous ayons sur la non rétroactivi des lois, c'est celle de l'article 18, S. R. P. Q., qui dit que nulle disp sition légale n'est déclaratoire, ou a un effet rétroactif pour la raiso seule qu'elle est énoncée au présent du verbe.

le même principe. En 1848, un membre de l'Assemblée nationale ayant demandé qu'à l'exemple de la Constitution de l'an III, la Constitution nouvelle proclamât le principe de la non-rétroactivité des lois, on répondit avec raison que, dans certains cas, la rétroactivité peut être juste, humaine et nécessaire, et qu'ainsi il serait dangereux d'enlever au législateur le droit de décréter ce que la justice et l'humanité réclament. La proposition n'eut pas de suite.

Ainsi, il est bien entendu que le législateur peut faire des lois rétroactives (1). S'il abuse de son pouvoir, s'il l'exerce en dehors de la justice et de l'humanité, la loi qu'il décrétera pourra être critiquée sans doute ; mais, tant qu'elle n'aura pas été abrogée, elle devra être obéie (2).

Que signifie donc notre règle ? Il faut la traduire : *Les lois nouvelles*, A MOINS D'UNE DISPOSITION LÉGISLATIVE CONTRAIRE *(a)*, *ne règlent que les faits accomplis depuis leur promulgation ; les faits antérieures échappent à leur empire* (3).

Cette règle, quoique bien simple est fort difficile dans son application.

Les faits qui étaient *entièrement finis*, *complets*, au moment de la promulgation de la loi nouvelle, qui, à cette époque, avaient produit tous les effets juridiques dont ils étaient susceptibles, sont exclusivement régis par la loi sous l'empire de laquelle ils se sont accomplis. Ce point est incontestable.

Il est également certain que les faits qui n'étaient pas encore *commencés* lorsque la loi nouvelle a été promulguée, échappent complètement à l'empire de l'ancienne loi.

Mais la limite entre le passé et l'avenir n'est pas toujours aussi nette, aussi tranchée. Un fait peut avoir commencé *sous la loi*

---

(1) La Convention usa plusieurs fois de ce droit.

(2) Elle ne s'appliquera pas cependant aux affaires terminées par une transaction ou par un jugement passé en force de chose jugée.— Arrêt de cassation du 13 brumaire an IX.

(3) Blondeau, t. VII de *la Thémis ;* Proud., t. I, p. 21 ; Dem., *Cours analytique*, t. I, p. 39 ; MM. Demol., t. I, n° 67 ; Aubry et Rau, t. I, § 30, notes 3 et 4. — Comp. M. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. I, n°s 163 et suiv.

(*a*) Cette disposition législative contraire peut résulter de la nature même de la loi. Comme exemple d'une loi rétroactive, on peut citer le statut 42-43 Vic., (Qué.) ch. 36, qui déclare valable tout testament où l'on avait commis certaines informalités désignées à ce statut. Ces lois rétroactives, toutefois, contiennent généralement une disposition qui déclare qu'elles n'affecteront pas les causes pendantes.

ancienne et produire des conséquences *sous la loi nouvelle.* Ces conséquences seront-elles exclusivement réglées par l'ancienne loi ? Faudra-t-il, au contraire, leur appliquer la loi nouvelle ?

Le premier parti est inadmissible : car si la loi ancienne devait régler tous les effets, même les plus indirects, les plus éloignés, des faits qui se sont passés sous son empire, la législation demeurerait stationnaire, au grand détriment de la société.

Le second est plus inadmissible encore : car, si la loi nouvelle régissait toutes les conséquences, même les plus directes, les plus immédiates, des faits antérieurs, le principe de la non-rétroactivité serait ouvertement violé.

Il faut donc distinguer, parmi les conséquences des faits antérieurs à sa promulgation, celles qu'elle a pu modifier et celles qu'elle a dû respecter. Là est la difficulté !

Voici, à cet égard, le système qui est généralement suivi : Toute loi nouvelle est présumée meilleure que celle qu'elle remplace : car, lorsque le législateur innove, ce ne peut être que dans des vues d'amélioration et pour corriger des abus existants *(a)*. Dès lors, il est naturel de supposer que le législateur a entendu soumettre à son empire, non seulement les faits qui pourront s'accomplir dans l'avenir, mais encore les faits antérieurs, quant à celles de leurs conséquences qui pourront se produire et se développer après sa promulgation.

Rien assurément n'est plus raisonnable que cette présomption : il semble donc qu'elle devrait toujours être admise. Cependant, à côté de cette idée, s'en place une autre qui la modifie. Si la loi nouvelle réglait toutes les conséquences des faits antérieurs, elle anéantirait souvent les attentes que les citoyens ont pu légitimement former sous l'empire de l'ancienne loi et sur la réalisation desquelles ils ont fortement compté ; cette rétroactivité serait injuste, et, par le froissement qu'elle apporterait dans les intérêts privés, elle jetterait le trouble dans la société. Or, ce n'est pas là évidemment le but que s'est proposé le législateur ; il est plus naturel de supposer qu'il a entendu respecter les attentes dont l'anéantissement deviendrait une cause de froissement et de désordre.

(a) L'article 13 des statuts refondus de la province de Québec dit que " l'objet et les fins des dispositions d'un statut sont réputés être " de remédier à quelque mal ou de produire quelque bien, soit que la " loi commande ou défende de faire un acte qu'elle considère avanta- " geux ou nuisible à l'intérêt public, ou qu'elle inflige une punition " aux contrevenants."

Ces deux présomptions déterminent l'étendue et la portée de notre principe. Il en résulte :

D'une part, que la loi nouvelle doit être appliquée d'une manière absolue, c'est-à-dire sans s'occuper de la date des faits dont il s'agit de déduire les conséquences :

1° Lorsqu'on peut le faire sans préjudicier à personne ;

2° Lorsque la rétroactivité de la loi ne fait qu'enlever de *faibles attentes*, de *vagues expectatives* ?

D'autre part, que la loi nouvelle est inapplicable toutes les fois qu'on ne peut l'appliquer aux faits antérieurs qu'en détruisant des attentes très fortes, sur la réalisation desquelles les citoyens avaient eu un juste sujet de compter : ces attentes sont *des droits acquis* auxquels le législateur n'a pas dû toucher.

Ainsi, les *droits acquis* au moment de la promulgation de la loi nouvelle sont respectés, les *simples expectatives* sont détruites ou modifiées par elle *(a)*.

Mais à quels signes reconnaître un *droit acquis* et le distinguer d'une *simple expectative* ?

Les *droits acquis*, a-t-on dit, sont ceux qui sont entrés dans notre patrimoine et qui ne peuvent pas nous être enlevés par le fait d'un tiers. Tels sont les droits qui résultent d'un contrat, d'un testament *dont l'auteur est mort*, ou d'une succession ouverte. Peu importe, au reste, que ces droits soient purs et simples ou *conditionnels*. Les droits dont l'existence est subordonnée à un événement futur et incertain existent, en effet, dès à présent, à l'état de droits *conditionnels* (voy. l'art. 1079). Ils sont moins sûrs, sans doute, que les droits purs et simples ; mais enfin, tels qu'ils sont, ils figurent dans notre patrimoine : nous pouvons les céder, les donner en gage ; la loi elle-même nous autorise à faire tous les actes nécessaires à leur conservation (art. 1086).

Il faut, au contraire, considérer comme de *simples expectatives*, comme des attentes très faibles que la loi nouvelle n'est pas tenue de respecter, celles qui peuvent être détruites par le fait d'un tiers. Telles sont : l'attente de la personne qui est en voie de prescrire, car l'espoir qu'elle a peut lui être enlevé par le fait de celui

---

(a) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. I, n°s 48, 49, se sert des expressions *intérêts* et *droits*. Ainsi, dit-il, l'intérêt particulier doit s'incliner devant l'intérêt général ou social, mais celui-ci doit à son tour le céder au droit acquis. Au fond, l'idée est la même, d'autant plus qu'il entend par *intérêt*, une *simple espérance* ou *expectative* conçue sous l'empire de la loi ancienne et protégée par cette loi

contre qui elle prescrit (art 2224) *(a)*, l'attente d'un légataire, *tant que vit le testateur*, lequel est le maître de la faire évanouir à son gré (art. 756); enfin, celle d'un héritier présomptif d'une personne *qui est encore vivante* (1).

Nous pouvons maintenant étudier quelques espèces.

I. Etat et capacité des personnes. — Les facultés que la loi nous accorde de faire tel ou tel acte ne constituent points des *droits acquis* et irrévocables, et cela pour deux raisons :

1° Le législateur ne peut pas renoncer au pouvoir qui lui est confié d'organiser la société elle-même; or, ce serait évidemment y renoncer que d'accorder des facultés qu'il ne lui serait plus permis de modifier ou de détruire, alors même qu'il en reconnaîtrait le danger.

2° Les lois qui règlent la capacité des personnes sont réputées conçues dans l'intérêt même de ceux qu'elles concernent: c'est uniquement pour les protéger qu'elles sont faites; or, qui pourrait soutenir qu'il *a un droit acquis à n'être pas protégé ?*

Ainsi, les facultés que nous avons ne constituent point des droits acquis; la loi qui les accorde *permet*, mais elle *ne s'oblige point.* Elle peut donc toujours retirer ou modifier sa permission. Et, en le faisant, elle ne jette point la perturbation dans la société; elle la protège, au contraire, puisqu'elle corrige les vices de la législation qu'elle abroge ou qu'elle modifie. Quant aux particuliers qu'elle atteint, ils ne perdent que des espérances sur lesquelles ils n'avaient pas dû compter; car mille circonstances pouvaient en empêcher la réalisation. Tous ont pu, d'ailleurs, prévoir la nécessité d'un changement et, par conséquent, être préparés d'avance à le subir sans se plaindre.

Il est bien entendu, au reste, que ce principe ne s'applique que *salvo jure acquisito*, en respectant les faits consommés sous la garantie de la loi existante au moment où ils ont été accomplis. Il faudrait, en effet, pour les modifier, anéantir ou modifier des conditions, des qualités, sur lesquelles les particuliers ont légitimement et fortement compté, puisque c'est dans le but de les acquérir qu'ils ont agi : ce serait les blesser trop cruellement, et

---

(1) Blondeau, *De l'effet rétroactif des lois ;* MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 21; Duvergier, *Revue de droit français et étranger*, 1845, t. II, p. 1 et suiv.; Demol,, t. I, nos 37 et suiv.; Dem., t. I, p. 40 et suiv.; Aubry et Rau, t. I, § 30, note 2.

(*a*) Voir cependant l'article 2270 de notre code civil sur les prescriptions commencées avant le code. Il faut remarquer que cet article est une déclaration expresse de la volonté du législateur.

sans grand profit pour la société, que les tromper ainsi dans leurs légitimes attentes.

Ainsi : 1° une loi vient-elle à changer les conditions d'âge pour contracter mariage : elle régira toutes les personnes qui voudront se marier à l'avenir ; quant aux mariages célébrés sous l'empire de l'ancienne législation, la loi nouvelle ne les atteindra pas.

2° La loi nouvelle peut rendre immédiatement majeur celui qui ne l'était pas, et réciproquement replacer en tutelle ceux qui étaient majeurs sous l'ancienne loi ; quant aux actes qu'ils ont passés, leur validité sera appréciée d'après les règles de la loi existante au moment où ils ont été accomplis.

3° La loi qui change la capacité de tester régit tous ceux qui n'ont pas encore testé, ou qui, ayant déjà testé, sont encore vivants ; les testaments de ceux qui sont décédés sous l'empire de l'ancienne loi sont respectés.

4° La capacité de transmettre ou d'acquérir subit l'influence de la loi nouvelle, quant aux successions non encore ouvertes au moment de sa promulgation ; les successions déjà ouvertes sont réglées par l'ancienne loi *(a)*.

Quant aux actes entre-vifs, tels que les donations, les ventes, les échanges, la capacité des parties doit évidemment être appréciée d'après la loi existante au moment où ils ont eu lieu. Ces actes, en effet, ne font pas naître de simples espérances ; ce sont des événements finis, consommés, d'où resultent pour les parties des droits acquis (1).

[[Ajoutons, bien que ce ne soit pas une question de capacité, que les prescriptions acquises ne sont pas affectées par la loi nouvelle. Une prescription courante, au contraire, en subit l'effet]] *(b)*.

---

(1) MM. Aubry et Rau, t. I, § 30, p. 63, notes 20 et suiv. ; Demol., t. I, n° 45 ; Laurent, t. I, nos 169 et suiv.

[[M. Beaudry-Lacantinerie donne l'exemple de la disposition de l'ancien droit qui, comme notre droit civil actuel, autorisait l'interdiction des prodigues. Cette disposition a été abrogée par le code Napoléon qui ne permet que de donner un conseil judiciaire aux prodigues. L'éminent jurisconsulte pense que la nouvelle loi donnait à tous les prodigues interdits le droit de demander la levée de leur interdiction, mais il croit que la cour de cassation est allée trop loin en décidant que ces interdits étaient libérés de plein droit de leur interdiction.]]

(a) Tel est le cas de notre code civil qui a établi un nouvel ordre de successions. Les successions ouvertes depuis la mise en vigueur du code sont réglées par la loi nouvelle.

(b) Voir cependant notre article 2270 quant aux prescriptions commencées avant le code civil.

II. De la forme des actes. — L'acte revêtu de toutes les formes prescrites par la loi en vigueur au moment de sa passation est entièrement achevé et consommé dans sa forme extérieure ; dès lors, qu'importe que ces formes soient abandonnées ou changées par une loi nouvelle ? Cette innovation ne peut pas enlever aux actes antérieurs le caractère de perfection qu'ils avaient. Autrement, et rien ne serait plus absurde ni plus injuste que cette rétroactivité, on punirait ceux qui les ont accomplis d'avoir exécuté ce que la loi en vigueur leur commandait de faire !

Ainsi, *la forme* des actes est soumise à la loi du jour où on les a faits : *tempus regit actum.* Il n'y a pas, à cet égard, à distinguer entre les actes entre-vifs, qui, dès qu'ils sont entièrement faits, confèrent des droits certains, et les actes de dernière volonté, qui ne donnent que de simples espérances tant que le disposant n'est pas décédé. Dans l'espèce, en effet, il ne s'agit ni de la capacité du disposant, ni de l'irrévocabilité de l'acte, mais seulement de la régularité de sa *forme* extérieure, et, sous ce rapport, tout est consommé (1).

III. De la preuve et de l'interprétation des actes. — Si la loi qui a organisé la théorie des preuves ou tracé les règles d'après lesquelles les actes doivent être interprétés, vient à être changée, c'est encore la loi existante au moment de la passation des actes qui devra être observée : car ce n'est évidemment qu'à elle que ceux qui les ont faits se sont référés ; c'est sur elle, et sur elle seulement, qu'ils ont compté (2).

[[Je crois cependant que Mourlon pose ce principe d'une manière trop absolue. Tout le monde est d'accord à dire que lorsque la loi nouvelle enlève un moyen de preuve permis auparavant, cette loi n'aura pas un effet rétroactif de manière à priver la partie de la preuve sur laquelle elle a compté lors du contrat. Au contraire, quand la loi nouvelle ne fait qu'ajouter une autre espèce de preuve à celles qui étaient déjà à la disposition des parties, quelques auteurs sont d'avis que cette loi s'appliquera à la preuve d'un contrat même antérieur *(a)*. Cette distinction me paraît très raisonnable. Il y a toutefois, jusqu'à un certain

(1) MM. Aubry et Rau, t. I, p. 59 ; Demol., t. I, nos 49 et suiv.; Laurent, t. I, nos 201 et suiv. [[Le principe *tempus regit actum* est un corollaire du principe que nous étudierons plus loin : *locus regit actum.*]]

(2) Comp. MM. Aubry et Rau, t. I, § 30, p. 78, notes 65 et 66 ; Demol., t. I, n° 54 ; Laurent, t. I, n° 230.

(a) Voir notamment Aubry et Rau, 4e éd., t. I, § 30, p. 78 et note 66.

point, contrariété de jugements dans notre jurisprudence sur cette question. Ainsi, dans la cause de *Platt v. Drysdale* (R. J. Q., 2 C. S., p. 282), le 25 janvier 1892, le juge Doherty a jugé qu'on ne peut s'autoriser des termes de l'article 251 du code de procédure, tel qu'amendé par le 54 Vic., ch. 45,—qui permet à la partie d'offrir son serment dans les affaires commerciales,—pour produire ce genre de preuve quand il s'agit d'un contrat antérieur à ce statut *(a)*.

Au contraire, la cour de révision à Québec a jugé, le 30 avril 1892 (infirmant une décision de Routhier, J.), dans la cause de *Beaubien v. Allaire* (R. J. Q., 1 C. S., p. 275), que les dispositions du statut 54 Vic., ch. 32, qui déclarent que l'avocat est cru à son serment quant à la réquisition, à la nature et à la durée de ses services, s'appliquent à des services rendus avant la passation de cet acte. Dans une cause analogue, celle de *Chagnon v. St-Jean* (R. J. Q., 3 C. S., p. 459), jugée le 8 avril 1893, le juge Jetté a déclaré reconnaître l'autorité de la décision dans *Beaubien v. Allaire (b)*.]]

(*a*) Il y a eu aussi d'autres jugements non rapportés qui se prononcent dans le même sens. Il faut ajouter que la seule réserve du statut est en faveur des causes pendantes.

(*b*) Tous les auteurs sont d'accord à enseigner qu'à moins d'une disposition expresse, une loi n'affecte pas les *droits acquis*, mais qu'il en est autrement des *simples espérances* ou *expectatives* sur lesquelles on n'a pu raisonnablement compter. Toute la difficulté vient de la question de savoir si l'illégalité d'un moyen de preuve, qu'une loi subséquente a fait disparaître, constituait, avant la passation de cette loi, un *droit acquis* ou une *simple espérance*, pour la partie contre laquelle on prétendrait invoquer ce moyen de preuve. Supposons une espèce pour faire saisir cette difficulté.

Une personne,—avant l'adoption du statut provincial 54 Vic., c. 45, qui permet maintenant à la partie de rendre témoignage en sa faveur dans toute affaire d'une nature commerciale,—a fait un achat au comptant chez un marchand, ne voyant que ce dernier et ne traitant qu'avec lui. Elle n'a pas cru devoir demander une quittance écrite, car elle s'est dit que si le vendeur était assez malhonnête pour réclamer le paiement qu'il a déjà reçu, il ne pourrait prouver son compte par son serment. Il n'aurait donc d'autre ressource que d'interroger l'acheteur et ce dernier répondrait qu'il a fait l'achat en question, mais qu'il l'a payé, et on ne pourrait diviser son aveu. Or voilà qu'on modifie la loi et qu'on permet maintenant au vendeur de prouver, par son serment, les ventes qu'il a faites sans l'entremise d'un commis. Si l'on donne un effet rétroactif à cette loi, le vendeur pourra prouver son compte par son serment, et bien que l'acheteur puisse également affirmer son paiement, il se trouvera que la vente sera forcément admise par les deux parties, tandis que le paiement pourra être nié par le vendeur; l'acheteur sera donc condamné, le poids de la preuve étant contre lui. Cela étant, doit-on décider que l'illégalité de cette preuve, lors du contrat, constituait un *droit acquis*

IV. De la procédure à suivre lorsqu'un droit étant contesté, on veut le faire reconnaître et en obtenir l'exécution. — Lorsque deux lois successives ont été en vigueur sur la procédure à suivre, quelle loi faut-il appliquer en ce qui concerne les droits acquis antérieurement à la nouvelle loi ? Ici c'est la loi nouvelle qu'il faut suivre. Et, en effet, les parties qui contractent ne se préoccupent pas des formalités de procédure ou d'exécution qu'elles seront obligées de suivre si leurs droits sont plus tard contestés ; elles ne portent pas si avant leur pensée dans l'avenir. Ce n'est donc pas les tromper dans une attente sérieuse que les soumettre au mode de procédure que la loi nouvelle a cru devoir introduire

---

pour l'acheteur ou une *simple expectative* sur laquelle il n'avait pas le droit de compter ?

J'ai supposé cette espèce aussi favorable que possible pour l'acheteur, afin de mieux faire saisir le bien fondé de la doctrine que j'ai exposée dans le texte. Personne, en effet, ne songera à nier qu'un acheteur honnête pourra, en ce cas, être la victime d'un marchand peu scrupuleux. Cependant, sans tenir compte de cet inconvénient, demandons-nous s'il s'agit réellement, dans ce cas, d'un *droit acquis* pour l'acheteur, car c'est là la seule question que nous devons nous poser.

Il me paraît impossible de soutenir que les circonstances de l'achat et de l'illégalité, lors du contrat, de la preuve par la partie, constituaient un droit acquis pour l'acheteur. Sur quoi, en effet, ce dernier a-t-il fondé sa conviction qu'il ne pourraît être inquiété par son vendeur ? Sur le seul fait que le vendeur ne serait pas admis à prouver lui-même son compte, Or, d'après la loi alors en vigueur, le vendeur n'aurait été empêché de prouver la vente qu'autant qu'il aurait lui-même réclamé le prix de cette vente en justice. Car cette incapacité ne regardait pas le vendeur, mais le demandeur en la cause. Si le vendeur avait cédé son compte, n'ayant plus d'intérêt en l'instance, son témoignage eût été admis. Donc la sécurité dont l'acheteur s'est bercé reposait uniquement sur l'espérance que, s'il y avait poursuite, cette poursuite serait intentée par le vendeur lui-même. D'ailleurs, qui disait à l'acheteur qu'il était seul avec le vendeur ? Un témoin pouvait très bien se trouver dans une pièce voisine ou ailleurs sans que l'acheteur l'eût vu. Dans toutes ces circonstances, l'attente de l'acheteur eût été trompée, et cela indépendamment du changement de la loi. Il est donc clair que l'acheteur n'a pas acquis un droit, il est même évident que l'espérance qu'il a conçue ne reposait sur rien de sérieux.

Les raisons que je viens de donner s'appliquent spécialement à l'espèce que j'ai supposée, mais je puis dire en général que l'espoir que les lois de la preuve ne seront pas changées ne constitue pas un droit acquis. On peut affirmer qu'une loi qui enlève un moyen de preuve acquis avant la passation de cette loi, par exemple, lorsqu'au lieu d'une quittance sous seing privé, on exige maintenant une quittance notariée, blesserait le droit acquis de la partie ; pour cette raison on ne lui donnera pas un effet rétroactif. Au contraire, quand on ajoute un nouveau moyen de preuve à ceux que les parties pouvaient invoquer, on peut tromper une espérance, on n'enlèvera pas un droit.

comme étant le plus sûr pour la bonne administration de la justice.

V. Des lois pénales. — Il faut ici distinguer si la loi nouvelle est *moins* ou *plus* favorable à l'accusé que l'ancienne. Au premier cas, c'est-à-dire si la loi nouvelle est plus dure que l'ancienne, c'est l'ancienne qu'on applique (art. 4, C. pén.). Au second cas c'est-à-dire si la loi nouvelle est plus douce que l'ancienne, c'est la loi nouvelle qui doit être suivie (1). La loi, en effet, doit être réputée rétroactive toutes les fois qu'elle peut l'être sans préjudicier à personne ; or, la société n'a aucun intérêt à l'application d'une peine qu'elle a elle-même jugée inutile. Les lois pénales ont pour but, non pas de faire souffrir le coupable, mais d'empêcher, par une crainte salutaire, le retour des actes qu'elles défendent : la peine n'est pas une *vengeance*, c'est un exemple (2) ! Lors donc que la société juge qu'une peine plus douce est suffisante pour servir d'exemple à l'avenir, ce serait une dureté sans motif que ne pas l'appliquer aux faits accomplis, mais non encore jugés.

Quant aux faits jugés, la loi nouvelle ne peut évidemment pas leur être appliquée. La justice n'a point, dans ce cas, qualité pour reviser ses jugements ; aucun texte de loi ne lui accorde ce pouvoir. Les condamnations prononcées sous l'empire de l'ancienne loi sont donc maintenues, sauf au chef de l'État à user de son droit de grâce.

VI. Des lois interprétatives. — Les lois explicatives d'une loi antérieure, ayant uniquement pour objet de déclarer que cette loi a toujours dû être entendue en tel sens, doivent nécessairement servir de règle même pour les faits antérieurs à leur promulgation : elles sont, en effet, présumées contemporaines de la loi qu'elles expliquent et à laquelle elles se rattachent par le fait même de l'interprétation (3).

Il est bien entendu, au reste, que les lois interprétatives n'ont aucune influence sur les affaires déjà terminées par une transaction

---

(1) MM. Demol., t. I, n[os] 64 et 65 ; Bertauld, *cours de code pén.*, p. 170 et suiv. de la 4e édition ; Trébutien, *cours élémentaire de droit crim.*, t. 1, p. 81 à 83 ; Blanche, *études pratiques sur le code pénal*, 1[re] étude, p. 41 et suiv.

(2) Les magistrats parlent souvent de la *vindicte* publique : c'est un vilain mot qui ne devrait jamais être prononcé dans le sanctuaire de la justice.

(3) Comp. MM. Aubry et Rau, t. I, § 30, p. 60, notes 9 et 10 ; Demol., t. I, n° 66 ; Laurent, t. I, n° 167.

ou par un jugement passé en force de chose jugée. [[Généralement ici on déclare que la loi interprétative, qui est subséquente à la loi interprétée, n'affectera pas les causes pendantes.

VII. Jurisprudence. — Il me reste maintenant à faire une courte revue de notre jurisprudence canadienne sur la rétroactivité ou la non rétroactivité des lois.

La plus ancienne cause que nous trouvons, qui porte directement sur cette question, c'est celle de *Rickaby v. Bell* (25 L. C. J., p. 91), jugée en 1880. Dans cette cause le juge Torrance a décidé que lorsqu'une loi (c'était dans l'espèce une loi fédérale) ne déclare pas à quelle époque elle deviendra exécutoire, elle entre en vigueur le jour de sa sanction et que par " jour " on entend le jour tout entier. Ainsi, un bref de saisie arrêt émis sous l'acte de faillite le jour même que le statut qui a abrogé cet acte a reçu la sanction royale, doit être renvoyé, bien que ce bref ait été émis avant l'heure à laquelle la sanction royale a été donnée.

Plusieurs décisions ont été rendues sur l'effet du statut 51 Vic., (Can.) ch. 29, sec. 161, qui, pour la première fois, a permis l'appel devant la cour supérieure des décisions des arbitres nommés sous les dispositions de l'acte des chemins de fer. Dans les causes de *Mills v. The Atlantic & North-West Railway Co.* (M. L. R., 4 S. C., p. 302), *Atlantic & North-West RR. Co. v. Prudhomme* (18 R. L., p. 143), la cour supérieure a décidé que le droit d'appel d'un jugement est soumis à la loi qui est en force le jour de la prononciation du jugement. Ainsi, bien que les procédures aient commencé avant l'acte, si la sentence a été rendu après ou, comme dans la cause de Mills, rendu avant mais signifié après, il y a appel. La même doctrine semble avoir prévalu dans la cause de *La cie du chemin de fer de l'Atlantique au Nord-Ouest & Judah*, (20 R. L., p. 527), jugée par la cour d'appel le 24 janvier 1891. Au contraire, la cour de revision, dans la cause *La cie du chemin de fer de l'Atlantique au Nord-Ouest v. Pominville* (34 L. C. J., p. 241), jugée le 31 janvier 1890, a décidé que c'est la loi en force au temps où les procédures ont commencé qui règle le droit d'appel, et non celle en force lors du jugement *(a)*.

La cour suprême s'est prononcée à plusieurs reprises sur la question qui nous occupe. La cause de *Hurtubise & Desmarteau*

(*a*) Je ne cite pas la cause de *La cie du chemin de fer de l'Atlantique au Nord-Ouest et Trenholme* (18 R. L., p. 527) parce que le juge Mathieu n'a refusé l'appel que pour la raison que la compagnie s'était engagée à se soumettre à la sentence des arbitres.

(19 Supreme Court Reports, p. 562), ressemble à celle de *Rickaby v. Bell.* Le 30 septembre 1891, fut sanctionné une loi (54-55 Vic., ch. 25, s. 3) qui accordait l'appel à la cour suprême des jugements de la cour de révision, confirmant ceux de la cour supérieure, dans le cas où il y avait appel, de ces jugements, au conseil privé. Le même jour, la cour de revision confirmait le jugement de la cour supérieure en la cause en question. La cour suprême a jugé que la nouvelle loi n'avait pas d'application dans l'espèce, et l'appel fut renvoyé faute de juridiction.

Il y a une autre cause, celle de *Couture & Bouchard* (21 S. C. R., p. 281), jugée en 1892. Dans cette espèce, la cour de revision avait pris la cause en délibéré le 30 septembre et avait rendu son jugement un mois plus tard. La majorité de la cour (les juges Strong, Fournier et Taschereau) fût d'avis que le délai de la cour de revision de rendre son jugement ne pouvait nuire à l'intimé, que, d'après le principe *actus curiæ neminem gravabit*, le jugement devait être considéré comme rendu le 30 septembre, jour de la prise en délibéré, et que, par conséquent, la nouvelle loi ne devait pas être appliquée.

Il y a encore des décisions plus récentes de la cour suprême, celles rendues en 1893 dans les causes de *Cowans & Evans*, *Mitchell & Trenholme* et *Mills & Limoges* (22 Supreme Court Reports, p. 281). Il s'agissait du statut 54-55 Vict., ch. 25, art. 2, qui déclare que " lorsque le droit d'appel dépend du montant " en litige, ce montant sera estimé être celui demandé, et non " celui obtenu, s'ils sont différents." La cour suprême a refusé le bénéfice de cette déclaration du législateur à des causes jugées par la cour supérieure ou même en délibéré devant cette cour lors de la passation du statut en question. La décision de la cour suprême dans *Williams & Irvine* (22 Supreme Court Reports, p. 108) est au même effet.

Je puis ajouter que dès le début, la cour suprême s'était prononcée dans ce sens dans la cause de *The Queen & Taylor* (1 S. C. R., p. 65) jugée en 1876. On y a décidé que le droit d'appel accordé par l'acte de la cour suprême ne s'appliquait pas à une cause jugée avant la mise en vigueur de cet acte.

Nous pouvons donc conclure que c'est la loi qui se trouve en vigueur lors de la reddition d'un jugement, ou suivant le tempérammment adopté par la cour suprême dans la cause de *Couture & Bouchard*, lors de la mise en délibéré de la cause, qui règle le droit d'appel. La cour de revision est allée plus loin dans la cause de *La cie de chemin de fer de l'Atlantique au Nord-Ouest*

v. Pominville, mais cet arrêt ne me paraît pas devoir être suivi pour la raison que la cour d'appel a implicitement décidé le contraire dans la cause de la même compagnie & Judah *(a)*.

§ III. — *Impression et distribution des statuts.*

Les articles 4 et 5 du code traitent de matières purement réglementaires qui n'auraient pas dû trouver place dans un code civil. Il s'agit de la distribution des statuts.

Aux termes de l'article 4, tel qu'amendé par l'article 5772 S. R. P. Q., " une copie authentique en français et en anglais des " statuts sanctionnés par le lieutenant-gouverneur, ou dont la " sanction a été publiée en la manière voulue par l'article 2, si " c'est un statut réservé, est fournie par le greffier de la législa- " ture à l'imprimeur de la reine, lequel est tenu d'en imprimer le " nombre de copies que lui indique le lieutenant-gouverneur en " conseil et d'en faire la distribution à ceux qui lui sont désignés " par arrêtés en conseil, ainsi qu'aux députés et conseillers légis- " latifs suivant la résolution conjointe des deux chambres."

L'article 5 énumère les personnes qui ont droit à cette distribution. Ce sont : " les membres des deux législatures ; et les " départements publics, les corps administratifs, les juges, les " officiers publics et les autres personnes spécifiées dans les arrêtés " en conseil du lieutenant-gouverneur."

On trouvera de semblables dispositions quant aux statuts fédéraux aux au chapitre 2 des statuts revisés du Canada.

§ IV. — *Conflit des lois, ou statuts personnels et réels, et statuts concernant les actes.*

Ce que j'ai dit, *supra* § II, de la rétroactivité ou la non-rétroactivité des lois dispose du conflit entre deux lois du même pays. Il s'agit maintenant d'un conflit d'un autre genre entre nos lois et celles d'une autre nation. Ce conflit peut s'élever sur ce que les

(*a*) Le droit d'appel n'est pas uniquement une question de procédure, c'est bien souvent une question de droits acquis lorsque, par exemple, les droits de la partie ont été affirmés par un jugement, qui, lors de sa reddition, était sans appel, ou ne pouvait être évoqué au-dela d'un certain degré de l'échelle judiciaire. Permettre l'appel d'un tel jugement, serait violer ce droit acquis. Au contraire, au début des procédures et avant jugement, l'attente que la cause n'ira pas plus loin que telle ou telle cour, parce que à ce moment il n'y a pas d'appel de cette cour, n'est qu'une simple expectative. Or, tous les auteurs enseignent que la simple expectative est modifiée ou détruite par la loi nouvelle. Cette considération me paraît absolument concluante.

anciens auteurs appelaient les *statuts personnels* et les *statuts réels ;* aujourd'hui on donne à ce sujet le nom de *conflit des lois* ou *droit international privé.* Cette branche du droit a été l'objet de savantes études, surtout de nos jours, et depuis que la facilité des communications a supprimé les distances. Le code civil en dispose en deux articles, les articles 6 et 7 ; c'est assez dire que le législateur n'a fait que poser quelques principes généraux sur cette question.

En étudiant l'article 6, je me propose d'intervertir l'ordre des matières et cela principalement pour deux raisons, d'abord pour suivre l'ordre logique du sujet, puisque les statuts personnels viennent logiquement avant les statuts réels, et ensuite parce que c'est là l'ordre suivi par Mourlon. Cependant, pour donner au lecteur une idée d'ensemble de la matière, je reproduirai tout l'article 6 avant de le disséquer pour mieux l'expliquer.

6.—" Les lois pour le Bas-Canada régissent les biens immeubles " qui y sont situés.

" Les biens meubles sont régis par la loi du domicile du pro- " priétaire. C'est cependant la loi du Bas-Canada qu'on leur " applique dans les cas où il s'agit de la distinction et de la nature " des biens, des privilèges et des droits de gage, des contesta- " tions sur la possession, de la juridiction des tribunaux, de la " procédure, des voies d'exécution et de saisie, de ce qui intéresse " l'ordre public et les droits du souverain, ainsi que dans tous les " autres cas spécialement prévus par ce code.

" Les lois du Bas-Canada relatives aux personnes sont appli- " cables à tous ceux qui s'y trouvent, même à ceux qui n'y sont " pas domiciliés ; sauf, quant à ces derniers, l'exception mentionnée " à la fin du présent article.

" L'habitant du Bas-Canada, tant qu'il y conserve son domicile, " est régi, même lorsqu'il en est absent, par les lois qui règlent " l'état et la capacité des personnes ; mais elles ne s'appliquent " pas à celui qui n'y est pas domicilié, lequel reste soumis à la " loi de son pays, quant à son état et à sa capacité."

I. Le statut personnel. — M'occupant donc des personnes avant de parler des choses, j'expliquerai le principe que les lois du Bas-Canada relatives aux personnes sont applicables à tous ceux qui s'y trouvent, même à ceux qui n'y sont pas domiciliés, sauf, quant à ces derniers, l'exception mentionnée à la fin de l'article 6 et qui dit que celui qui n'est pas domicilié en la province de Québec reste soumis à la loi de son pays quant à son état et à sa capacité. C'est le *statut personnel* dont j'ai parlé plus haut.

Or qu'entend-t-on par *statut personnel ?* " Le statut *personnel* " (ou loi personnelle)", dit Baudry-Lacantinerie, t. Ier, n° 70, " est " celui qui est relatif à l'état et à la capacité des personnes, " *statutum quod ad personam respicit.* Telles sont les lois " relatives à la nationalité, par exemple, les lois qui déterminent " quelles personnes sont françaises, quelles autres étrangères ; " telles encore les lois relatives au mariage, à la majorité et à la " capacité qui en résulte, à la minorité, à la puissance paternelle " ou maritale, à l'interdiction, etc. "

Voilà les lois qui s'appliquent à tous ceux qui se trouvent dans le Bas-Canada, sauf l'exception que j'ai mentionnée. On peut distinguer parmi ces lois, celles qui règlent uniquement l'état et la capacité et les autres qui, à la vérité, affectent l'état et la capacité, mais qui ont une portée plus considérable. Je puis rendre cette distinction plus claire en référant aux termes mêmes de notre article. Les lois du Bas-Canada relatives aux personnes, dit-il, sont applicables à tous ceux qui s'y trouvent même à ceux qui n'y sont pas domiciliés, sauf, quant à ces derniers, l'exception mentionnée à la fin de cet article. Or cette exception dit que l'étranger présent mais non domicilié au Canada reste soumis à la loi de son pays quant à son état et à sa capacité. Donc cette distinction existe. Ainsi, l'étranger non domicilié au Canada, s'il y veut conclure une affaire, n'aura pas à se demander s'il est capable de contracter d'après la loi de la province de Québec. Il suffira que d'après la loi de son domicile, il ait la capacité requise, et s'il est majeur chez lui, quand même il serait mineur d'après nos lois, il pourra s'obliger ici comme tout autre majeur. Mais s'il veut se marier, bien que sa capacité soit toujours réglée d'après la loi de son pays, il devra se soumettre aux exigences de nos loi quant à la célébration de son mariage. Ainsi, si d'après la loi de son domicile il est habile à contracter mariage, il le sera ici, quoiqu'il ne le serait pas s'il fallait lui appliquer nos lois ; au contraire, il ne pourra se marier que devant un prêtre ou ministre, et son mariage devra, sauf le cas de dispense, être précédé de la publication des bans, bien que les lois de son pays ne renferment pas de semblables exigences.

Il est évident qu'il y a d'autres lois qui obligent les étrangers non domiciliés qui se trouvent de passage au Canada. Ce sont les lois de police et de sûreté. L'article 3 du code Napoléon contient une disposition expresse à cet effet, disposition que notre code ne reproduit pas, pour le motif que cela ne regarde nullement le droit civil.

Donc, règle générale, les lois du Bas-Canada concernant les personnes s'appliquent à tous ceux qui s'y trouvent. Nous allons nous occuper maintenant de l'exception que le législateur énonce comme suit :

" L'habitant du Bas-Canada, tant qu'il y conserve son domicile, " est régi, même lorsqu'il en est absent, par les lois qui règlent " l'état et la capacité des personnes ; mais elles ne s'appliquent " pas à celui qui n'y est pas domicilié, lequel reste soumis à la loi " de son pays, quant à son état et à sa capacité. " .

Le législateur tout en énonçant l'exception, savoir que l'étranger non domicilié dans le Bas-Canada reste soumis à la loi de son pays quant à son état et à sa capacité, formule une autre règle, c'est que l'habitant du Bas-Canada, tant qu'il y conserve son domicile, est régi par nos lois qui règlent l'état et la capacité des personnes. Cela revient à dire que tous, qu'ils soient ou non domiciliés en la province de Québec, restent soumis à la loi de leur domicile quant à leur état et à leur capacité.

On le voit, il ne s'agit ici nullement de la nationalité, c'est le domicile qui suit l'individu partout où il porte ses pas et qui règle sa capacité civile. Ainsi, un Français est domicilié en la province de Québec ; sa capacité se déterminera suivant nos lois et non d'après les lois françaises. Ceci nous amène à signaler une différence essentielle entre les dispositions du code Napoléon et de notre code civil et qui peut, le cas échéant, compliquer considérablement la situation des Français qui se fixent chez nous. Le code Napoléon, lui, s'occupe de la nationalité et non du domicile.

" Les lois *personnelles*, dit Mourlon, régissent les Français par- " tout où ils se trouvent, à l'étranger comme en France. Ainsi, " par exemple, ils ne peuvent ni se marier avant dix-huit ans " (art. 144), ni adopter avant cinquante (art. 343), bien qu'ils " résident dans un pays où le mariage est permis à quinze et " l'adoption à vingt-cinq. En d'autres termes, lorsque les tribu- " naux français apprécient des actes faits par un Français à " l'étranger, ils doivent consulter, pour déterminer sa *capacité*, non " pas la loi du pays où ils ont été faits, mais la loi française.

" Cette règle sert de sanction à nos lois : elles seraient, en effet, " inefficaces si les nationaux pouvaient s'y soustraire en allant " faire à l'étranger ce qui n'est pas permis en France (Portalis, " dans son *Exposé des motifs)*".

Donc un Français domicilié au Canada, restera, d'après la doctrine du droit français, soumis aux lois françaises en ce qui con-

6

cerne son état et sa capacité. Pour s'en soustraire, il devra changer de nationalité *(a)*. Au contraire, d'après nos lois, du moment qu'il a fixé son domicile ici, sa capacité se déterminera d'après nos lois. On conçoit qu'en cas de conflit de lois, il puisse se trouver pris entre deux feux. Tel acte sera nul en France s'il se laisse guider par nos lois, et nul ici s'il se gouverne d'après les lois françaises.

Le code Napoléon ne dit pas en toutes lettres que l'état et la capacité de l'étranger, qui se trouve en France, seront soumis aux lois de son pays, mais tel est le sentiment de la grande majorité des auteurs.

Je citerai Mourlon sur cette question.]]

Les lois qui concernent l'*état* et la *capacité* des Français les régissent même à l'étranger. La réciproque est-elle vraie? Les lois qui concernent l'*état* et la *capacité* des étrangers, les régissent-elles, même en France? En d'autres termes, doit-on, lorsqu'il s'agit de décider s'ils ont ou non tel état, s'ils sont ou ne sont pas capables de faire tel ou tel acte, consulter la loi de leur pays, ou la loi française?

On admet généralement que c'est la loi de leur pays qui les régit. Le texte même de notre loi et la discussion à laquelle elle a donné lieu confirment cette décision.

Le *texte même de notre loi*...... Il y est dit, en effet: 1° que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux, étrangers ou Français, qui habitent le territoire; 2° que les immeubles situés en France sont régis par la loi française, alors même qu'ils appartiennent à des étrangers; 3° que les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes suivent les Français partout où ils passent. Cette dernière disposition fait antithèse avec les deux précédentes; *il n'y est question que des Français*. Qu'en conclure, si ce n'est que les *étrangers* ne sont pas soumis aux lois françaises sur l'état et la capacité des personnes?

La discussion à laquelle notre article a donné lieu...... L'article 3 du projet du gouvernement portait: "Les lois obligent *indistinctement* tous ceux qui habitent le territoire." Si cette disposition eût été maintenue, l'état et la capacité des étrangers résidant en France eussent été réglés par la loi française au lieu de l'être par celle de leur pays; mais M. Tronchet la fit rejeter, précisément par cette raison *que les étrangers ne sont pas admis aux lois civiles qui règlent l'état des personnes.*

(*a*) Aubry & Rau, t. I[er], p. 89.

Ainsi, l'état et la capacité des étrangers sont, même en France, régis par les lois de leur pays (1).

Toutefois, quelques auteurs apportent à ce principe un double tempérament. L'état et la capacité des étrangers sont, disent-ils, régis, même en France, par la loi personnelle de leur pays, *à moins :*

1° Que cette loi ne consacre un état que nos lois considèrent comme contraire à l'ordre public, tel, par exemple, que la polygamie ou l'esclavage (2) : sur ce point, tout le monde est d'accord *(a)* ;

2° Qu'elle ne fasse préjudice aux Français qui se sont mis en relation d'affaires avec eux. Ainsi, lorsqu'un étranger, mineur selon la loi de son pays, mais qui serait majeur selon la loi française, a contracté avec un Français qui l'a cru capable, nos tribunaux doivent maintenir le contrat. L'étranger qui en demande la nullité ne doit pas être écouté ; autrement il n'y aurait aucune sécurité pour les Français qui traiteraient avec des étrangers (3).

Cette seconde restriction à notre principe est contestée, et avec raison, ce me semble. Un principe est posé, on le reconnaît ; puis, lorsqu'on arrive à l'application, on le rejette parce qu'il présente quelques dangers ! Ce n'est pas interpréter la loi ; c'est tout bonnement l'abroger, sous prétexte qu'elle est mauvaise (4).

[[Cela étant, on voit bien qu'un Canadien domicilié en France se trouverait dans une position anormale. Car au Canada, son état et sa capacité seraient sujets aux lois françaises, tandis qu'en France, ils seraient régis par les lois canadiennes. Ainsi la loi française ne permet à l'homme de se marier qu'après dix-huit ans révolus, tandis qu'ici son mariage sera légal pourvu qu'il ait au moins quatorze ans. Ainsi, s'il se marie à dix-sept ans même

---

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 80 et suiv.; Dur., t. I, n° 93 ; Fœlix, n°s 30 et suiv.; Demol., t. I, n° 98 ; Aubry et Rau, t. I, § 31, note 23 ; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. I, n°s 83 et suiv.; *le Dr. civ. internat.*, t. II, n°s 45 et suiv. — *Contrà*, M. Alauzet, *du statut personnel des étrangers résidant en France* (1872).

(2) MM. Val., *sur Prouh.*, t. I, p. 85 et 86 ; Demangeat, *sur Fœlix*, t. I, p. 30 et 31.

(3) M. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 85 et 86.

(4) Voy. M. Laurent, *Princ. de Dr. civ.*, t. I, n° 84 ; *le Dr. civ. internat.*, t. II, n° 48.

[[Je suis absolument de l'avis de Mourlon.]]

(*a*) Il est permis de croire que ce tempérament serait accueilli ici, malgré le texte formel de notre code.

au Canada, son mariage sera nul ici et valable en France. C'est là une conséquence inévitable des principes opposés et du conflit de lois que je viens d'exposer.

Je trouve, dans la disposition suivante de l'article 14 de notre code de procédure, un développement de ce principe.

" Toute corporation ou personne dûment autorisée à l'étranger " à ester en jugement, peut exercer cette faculté devant tout " tribunal du Bas-Canada.

" Toute personne qui, par les lois d'un pays étranger, a droit de " représenter une personne qui y est décédée ou y a fait son " testament, laissant des biens dans le Bas-Canada, peut également " ester en jugement devant les tribunaux du Bas-Canada, en cette " qualité. "

C'est encore le principe que la capacité ou l'incapacité de la personne la suit partout. Si elle est capable d'ester en justice en son pays elle le sera également ici. Donc, si le mineur domicilié aux Etats-Unis est compétent, d'après la loi de son domicile, à ester en justice, on ne pourra lui contester ce droit ici. Il en est de même de la femme mariée domiciliée dans un pays où il lui est permis d'ester en justice sans l'autorisation de son mari *(a)*.

Conformément à ces principes, nos tribunaux ont décidé qu'un officier, nommé par une cour étrangère en qualité de procureur *(receiver)* pour la perception de l'actif d'une compagnie insolvable, peut, en cette qualité, ester en justice en cette province et y poursuivre le recouvrement des créances de la compagnie. Voir la décision de la cour supérieure, Torrance. J., en 1885, dans la cause de *Giles v. Faneuf* (M. L. R., 1 S. C., p. 322), et de la cour d'appel dans la cause de *Giles & Jacques*, jugée en 1887 (31 L. C. J., p. 266).

Mais si nos tribunaux permettent à un tel officier d'ester en justice en cette province, ils ne lui permettront pas d'enlever l'actif de la compagnie pour distribution parmi ses créanciers en pays étrangers. Au contraire, ils jugent que les biens de la compagnie, qui se trouvent au Canada, doivent être conservés sous la juridiction de nos tribunaux pour la protection des créanciers

---

(*a*) Je développerai ces considérations plus loin. Pour le moment, je réfère le lecteur à l'article 1er du chapitre 99 des S. R. B. C., qui est en termes encore plus formels que ceux de l'art. 14 C. P. C. Voir aussi : Rousseau & Laisney—Dictionnaire de Procédure, v° *Etranger*, n°s 30-32 ; Pandectes Belges, v° *Autorisation de femme mariée*, n°s 58 *et seq.*, et la cause de *Stephens & Fisk* en cour suprême, 8 L. N., p. 42.

canadiens. Voir, en ce sens, la décision de la cour d'appel dans la cause de *Osgood & Steele* (16 L. C. J., p. 141.), et la décision récente de la cour supérieure à Québec, le 14 avril 1893, Andrews, J., dans la cause de *The Québec Bank v. Bryant et al. & Hall et al. & Powis* (R. J. Q., 3. C. S., p. 122) ; cette décision a été confirmé en appel *(a)*. Ceci n'est qu'une application de l'exception que consacre le législateur au principe *mobilia sequuntur personam*, quant aux privilèges et aux droits de gage sur les biens meubles ; j'en parlerai plus loin.

Voilà pour le *statut personnel*. Nous allons maintenant nous occuper du *statut réel*.

II. Le statut réel. — " Le *statut réel* (ou loi réelle) ", dit M. Baudry-Lacantinerie, " est celui qui est relatif aux biens mobiliers " ou immobiliers, peu importe, celui qui a pour objet de régler " leur condition juridique. On peut citer comme exemples : les " lois relatives à la distribution des biens ; celles qui règlent les " différentes charges, telles que servitudes ou hypothèques, dont " les biens sont susceptibles ; les lois qui déterminent les voies " d'exécution dont ils peuvent être l'objet. "]]

— La distinction du statut *personnel* et du statut *réel* est souvent fort difficile à faire : car il est bien rare qu'une loi s'occupe absolument et exclusivement des *personnes*, ou qu'elle soit uniquement relative aux *biens*. Comment, en effet, parler des *personnes* et des droits qu'elles peuvent avoir, sans s'occuper des *biens* qui, dans la plupart des cas, sont l'objet de ces mêmes droits ? et réciproquement, comment traiter des *biens*, régler les droits dont ils sont ou ne sont pas susceptibles, la manière de les acquérir et de les transmettre, sans parler des *personnes*, sujets actifs ou passifs de ces mêmes droits ?

Cependant la même loi ne peut pas être à la fois *personnelle* et *réelle :* notre code ne reconnaît point de *statut mixte (b)*. Il faut donc, lorsque la loi semble réunir les deux caractères de *personnalité* et de *réalité*, distinguer sa nature propre. Mais par quel procédé la reconnaître ?

On la reconnaît en cherchant quel a été l'objet *direct* et *principal* de la loi qu'on apprécie : le but *essentiel* et *final* qu'elle s'est proposé détermine sa nature.

(*a*) La décision de la cour d'appel est rapportée au R. J. Q., 2 B. R., p. 566.

(*b*) Le *statut mixte* fut imaginé par d'Argentré. Le statut était *mixte* lorsque la qualité ou la condition de la personne changeait le droit, comme autrefois pour les nobles et les roturiers.

Affecte-t-elle directement l'état de la personne, l'universalité de sa condition ; lui imprime-t-elle, en un mot, une qualité générale, par exemple, la qualité de mineur, d'interdit, d'époux... : elle est *personnelle*, alors même qu'elle s'occupe *accessoirement* des biens ; personnelle dans toutes ses parties, c'est-à-dire même quant à celles de ses dispositions qui se rapportent aux biens. Ainsi, l'hypothèque que la loi accorde au mineur sur les biens de son tuteur (art. 2031) *(a)* appartient au statut personnel, parce que cette disposition, quoique relative aux biens, n'est que la disposition accessoire d'une loi qui a *directement* et *principalement* pour objet l'état des personnes : l'accessoire suit la nature du principal (1).

A-t-elle, au contraire, les biens pour objet *principal*, les affecte-t-elle *directement :* elle est *réelle ;* réelle dans toutes ses parties, même quant à celles de ses dispositions qui ont trait aux personnes. Ainsi, la disposition de l'article 908 C. N., qui défend aux enfants naturels de recevoir de leurs père et mère au delà de la portion que la loi leur assigne, *(b)* appartient au statut *réel :* car, quoiqu'elle soit motivée par une certaine défaveur résultant de la qualité des personnes, elle n'est, en définitive, qu'une dépendance et un accessoire d'une loi générale, la loi des successions, dont le but final est la *transmission des biens* (2).

— En résumé, les lois *personnelles* sont celles qui s'occupent *principalement* des personnes et *accessoirement* des biens. A l'inverse, les lois *réelles* traitent *principalement* des biens, et *accessoirement* des personnes.

[[Demolombe fait une autre distinction : il y a, dit-il, le *statut réel prohibitif* et le *statut réel non-prohibitif.* Il n'est pas permis de déroger au statut réel prohibitif, les parties, au contraire, dérogent librement au statut réel non prohibitif *(c)*.]]

---

(1) Comp. MM. Demangeat, sur Fœlix, *Traité du droit international privé*, t. I, p. 51 et 52 ; Aubry et Rau, t. I, § 31, notes 18 et 19 ; Laurent, *Princ. de droit civil français*, t. I, n[os] 96 et 116 ; *le Droit civil international*, t. VII, n[os] 395 et suiv., et t. VI, n[os] 15 et suiv.

(2) *Contrà*, M. Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. I, n° 111 ; *le Dr. civ. international*, t. VI, n[os] 211 et suiv.

(*a*) Cette hypothèque dans notre droit n'existe que lorsque la tutelle a été conférée dans le Bas-Canada (2031 C. C.).

(*b*) Nous n'avons rien de semblable dans notre droit. Aussi, je ne laisse cet exemple dans le texte que parce qu'il met en lumière la distinction que fait Mourlon.

(*c*) T. Ier, n° 84.

[[*(a) Les immeubles.*]]

Les lois *réelles* régissent les *immeubles*, alors même qu'ils appartiennent à des étrangers. Ainsi, par exemple, un étranger ne peut pas constituer, sur les immeubles qu'il a en [[ce pays]], des servitudes que la loi de son [[domicile]] autorise, mais que [[notre]] loi ne tolère pas. [[De même lorsque des immeubles situés en cette province]] font partie de la succession d'un étranger, ses enfants les recueillent par *égales portions* (art. 625), alors même que la loi du pays auquel cet étranger appartient attribue une plus forte part à l'aîné. Aucune portion du territoire ne peut être soustraite à l'administration du souverain, comme aucune personne habitant le territoire ne peut être soustraite à sa surveillance. La souveraineté est indivisible ; or, elle cesserait de l'être si les portions du même territoire pouvaient être régies par des lois qui n'émaneraient pas du même souverain (Portalis, dans son *Exposé des motifs*).

[[Ce principe est énoncé en ces termes dans notre code civil : " Les lois du Bas-Canada régissent les biens immeubles qui y sont situés. "

Cette règle est formulée d'une manière si absolue qu'elle semble ne devoir souffrir aucun tempérament. Pourtant, il ne faudrait pas l'appliquer en aveugle. Ainsi, d'après notre loi, la communauté de biens existe entre époux, quand ces derniers se sont épousés sans contrat. Si, cependant, le mariage s'est célébré, aux Etats-Unis entre gens y domiciliés, doit-on néanmoins décider que les immeubles que ces époux peuvent posséder en la province de Québec seront sujets à la communauté légale ?

Nullement ! il n'y aura point de communauté entre ces époux. La raison en est toute simple, et ce n'est pas une exception à la règle formulée par le législateur. Si la communauté existe en cette province entre époux qui ne s'en sont pas expliqués, c'est qu'à raison de leur silence on présume qu'ils ont voulu se soumettre à ce régime, qui forme partie de notre droit commun. Mais si les époux ont contracté mariage dans un pays où il n'existe pas de telle communauté, on ne peut présumer qu'ils ont entendu se soumettre à une loi que non seulement ils ne connaissaient pas, mais qui n'avait même pas d'existence dans le pays de leur domicile. La communauté, en effet, n'est pas un système obligatoire, bien qu'on l'appelle légale. Elle n'existe qu'en vertu d'un contrat soit formel et exprès, soit tacite. Or ce contrat

tacite, on ne peut le présumer dans le cas d'époux mariés à l'étranger où le régime de la communauté de biens est inconnu *(a)*.

Donc des époux domiciliés en pays étranger où le régime de la communauté n'existe pas et qui y contractent mariage, ne soumettent pas à ce régime les immeubles qu'ils peuvent avoir en la province de Québec. Mais par quelle loi se régleront leurs droits matrimoniaux ? Je crois qu'il faudra référer aux lois de leur domicile matrimonial, car, par le contrat tacite dont j'ai parlé, les époux qui ne s'en expliquent pas, sont présumés avoir voulu se soumettre aux lois de leur pays.

Cependant, ainsi que je l'ai dit, ce ne sont pas là, à proprement parler, des exceptions à la règle que le législateur formule. Cette règle reste donc immuable. On l'appliquera notamment dans le cas d'une succession *ab intestat*, et nos tribunaux se guideront d'après les dispositions de notre droit en partageant entre les héritiers, même étrangers, les immeubles situés en la province de Québec qui dépendent de cette succession.

On suivra également le statut réel dans le cas de successions immobilières testamentaires, non pour rendre illusoires les dispositions du testament, mais pour s'assurer que les immeubles laissés par le testateur resteront soumis à nos lois *(b)*. Ainsi, en France, un père ne peut laisser par testament qu'une portion de ses biens, ce qu'on est convenu d'appeler la quotité disponible. Une disposition en termes généraux ne peut dépasser ce montant. Si un étranger a des immeubles en France et qu'il en fasse une disposition générale, les tribunaux français réduiront cette disposition à la quotité disponible *(c)*. Supposons, à l'inverse, qu'un testateur français lègue généralement tous ses biens, tant ceux qui se trouvent en France, que ceux situés en la province de Québec. La quotité disponible règlera la disposition des immeubles français mais n'affectera nullement les biens qui se trouvent au Canada, où la liberté de tester est illimitée.

Je trouve dans les recueils de jurisprudence quelques arrêts sur ces questions.

Dans la cause de *Rogers et al. v. Rogers* (3 L. C. J., p. 64), jugée en 1848 par la cour du banc de la Reine *(d)*, il a été déci-

---

(*a*) Voir, dans ce sens, Demolombe, t. Ier, n° 87.

(*b*) Il va sans dire s'agit ici de lois réelles prohibitives. C'est ce que Demolombe appelle *le statut réel prohibitif*.

(*c*) Voir Aubry et Rau, t. 1er, § 31, p. 84.

(*d*) La cour du banc de la Reine était alors cour de première instance et correspondait à notre cour supérieure d'aujourd'hui.

dé qu'il n'y a pas de communauté de biens, entre époux mariés, sans contrat de mariage, en Angleterre, où ils étaient alors domiciliés, et qui subséquemment ont transporté leur domicile dans le Bas-Canada. Cette décision est conforme aux principes *(a)*.

Dans la cause de *Brodie v. Cowan* (7 L. C. J., p. 96), jugée en 1852, la cour supérieure a décidé que lorsqu'on ne fait pas preuve des lois de l'endroit où les époux étaient domiciliés à l'époque de leur mariage, la cour ne se guidera d'après d'autres lois que celles du Bas-Canada pour déterminer les droits matrimoniaux des parties. En rendant sa décision, la cour déclara qu'elle acceptait le principe suivi dans la cause de *Rogers v. Rogers*, ci-dessus, mais que dans l'espèce, en l'absence de toute preuve des lois du domicile matrimonial des parties, elle présumerait que la loi étrangère était conforme à nos propres lois. Cette décision ne fait donc que confirmer l'opinion exprimée dans *Rogers v. Rogers*.

En 1861, la cour d'appel a rendu une très importante décision dans la cause de *Laviolette & Martin* (11 L. C. R., p. 254.) Il y a été jugé : — 1° que des époux domiciliés et mariés dans le Bas-Canada sont régis dans leurs relations comme tels par la loi du Bas-Canada, lors même qu'ils vont s'établir à l'étranger ; 2° que la vente par la femme ainsi mariée, conjointement avec son mari, mais sans mention d'autorisation de ce dernier, faite dans l'État de New-York, où cette autorisation n'est pas requise, d'immeubles situés dans le Bas-Canada, est absolument nulle, tant sous le rapport du statut personnel qui régit la femme, que sous le rapport du statut réel quant à l'aliénation des immeubles ; 3° que la ratification du mari, ne peut valider une semblable vente et n'a l'effet d'aliéner la propriété que du jour de telle ratification.

En rendant leur jugement, les juges de la cour d'appel ont reconnu que les époux en question avaient leur domicile à Albany, État de New-York. Cela étant, il semblerait qu'aux termes du principe énoncé par l'article 6, on devait conclure que l'état et la capacité de la femme étaient réglés non par nos lois, mais par celles de l'État de New-York. Or, dans l'espèce, on avait prouvé que d'après les lois de l'État de New-York l'autorisation maritale n'était pas nécessaire. Je crois donc que la cour d'appel n'aurait pas dû exiger l'autorisation

---

(a) Voir aussi dans le même sens, les causes de *Astell v. Hallée*, 4 Q. L. R., p. 120 ; *Dalton v. King*, 9 R. L., p. 548 ; *Wiggins v. Morgan*, 9 R. L., p. 546.)

maritale à peine de nullité. Tout le monde paraît admettre que les lois qui concernent l'autorisation maritale font partie du statut personnel *(a)*. Ce statut, dans l'espèce, c'était la loi du domicile des époux. Mais, dira-t-on, les immeubles situés dans le Bas-Canada sont régis par nos lois. Personne ne conteste cette maxime que le législateur lui-même consacre. Donc, si, d'après nos lois, l'immeuble en question avait été inaliénable, la vente aurait été nulle. Mais le législateur qui énonce cette maxime dit également que celui qui est domicilié en dehors du Bas-Canada reste soumis, quant à son état et à sa capacité, à la loi de son domicile. Donc, si la femme domiciliée à Albany peut vendre ses biens sans l'autorisation maritale, elle peut également le faire, quand même l'objet de la vente serait un immeuble situé en cette province.

En donnant une étendue aussi considérable au statut réel que l'a fait la cour d'appel, on englobe le statut personnel tout entier, et l'on se trouve à faire une distinction que le législateur ne fait pas. Et qu'on ne dise pas que la loi qui défend à la femme de vendre sans l'autorisation de son mari est une loi prohibitive ; la loi qui défend au mineur de tester est également prohibitive, cependant il n'est pas douteux que le testament d'un mineur étranger sera valide si la loi de son domicile lui permet de tester. Du reste, cette loi prohibitive, faisant partie du statut personnel ne s'appliquera qu'aux personnes qui tombent sous le coup de ce statut, c'est-à-dire qu'à celles qui sont domiciliées en cette province. Encore une fois, en disant que l'étranger reste soumis, quant à son état et à sa capacité, à la loi de son domicile, le législateur ne distingue pas entre les lois personnelles prohibitives et non prohibitives, et je crois qu'on aurait dû refuser de faire cette distinction dans l'espèce en question *(b)*.

(*a*) Aubry et Rau, § 31, p. 83, note 10 ; *Répertoire de la Révue légale*, v° Droit International privé, n°s 17 et 18.

(*b*) Comme je l'ai dit dans le texte, la défense à la femme d'aliéner ses immeubles sans l'autorisation de son mari, est une *loi personnelle prohibitive.* Il y a lieu, sans doute, à distinguer, ainsi que je l'ai fait plus haut, entre le *statut réel prohibitif* et le *statut réel non prohibitif.* Il est vrai d'ajouter que lorsque le statut réel est prohibitif on ne peut y déroger dans un contrat privé, mais que lorsqu'il n'a pas ce caractère, il est permis d'y déroger. Ainsi l'étranger peut par testament intervertir l'ordre des successions et ainsi faire échoir les immeubles dépendant d'une succession à d'autres qu'à ceux qui les auraient recueillis suivant la loi des successions, bien que cette loi constitue un statut réel ; mais il ne peut le faire que parce que la chose est également loisible à un citoyen du pays. A l'inverse, on décide en France que le testateur ne

En 1880, dans la cause de *Erichsen et al. & Cuvillier et al.* (25 L. C. J., p. 80), la cour d'appel a décidé que le douaire coutumier est un droit réel et se règle d'après la loi de la situation de l'immeuble et non par la loi du domicile du mari, lors de la célébration du mariage, ou du lieu où ce mariage a été célébré.

Cette décision est conforme aux principes. Le douaire coutumier est un droit réel qui, suivant les auteurs, se règle d'après la loi de la situation de l'immeuble *(a)*. C'est un droit de survie que la loi accorde, indépendamment de toute convention, à la femme survivante. Cette décision n'est pas en contradiction avec celle de *Rogers v. Rogers* citée plus haut. Car la communauté est un régime plutôt qu'un droit réel. Il est vrai que le douaire coutumier appartient à la femme lorsque les époux se marient sans contrat, mais ce n'est pas tant parce que les époux sont censés opter pour ce douaire, comme dans le cas de la communauté, que pour la raison que la loi, et c'est une loi très ancienne, veut que la femme survivante ait la jouissance d'au moins une portion des biens propres de son mari.

Enfin, en 1885, dans une cause de *Bélanger v. Mann & Simard* (11 Q. L. R., p. 71) la cour supérieure à Québec, présidée par feu le juge en chef Stuart, a décidé, d'après le sommaire qu'en fait le rapporteur, que la validité d'un contrat d'aliénation d'immeubles doit se juger suivant les lois de la situation des immeubles et de l'endroit où le contrat a été reçu *(b)*.

(b) Les meubles.

Quoique compris dans le statut réel, les meubles ne sont pas sujets à la même règle que les immeubles. En effet, un meuble n'a pas d'assiette fixe ; aujourd'hui à Montréal, il peut

---

peut léguer plus que la quotité des biens qu'il délaisse en France, parce qu'il s'agit d'un loi réelle prohibitive. Pour revenir à la cause de *Laviolette & Martin*, je dois faire remarquer que cette décision a été rendue avant le code et que le juge en chef Lafontaine s'est rangé de l'avis des auteurs français qui exigent un changement de nationalité pour qu'il y ait lieu à l'application de la loi étrangère : il en concluait que l'état et la capacité des époux étaient réglés par nos lois. Cela suffisait pour justifier la décision, mais on ne pourrait pas prétendre la même chose aujourd'hui, le code civil n'exigeant plus que le changement de domicile pour effectuer un changement dans le statut personnel.

(*a*) Argou, liv. 3, ch. 10, p. 135 à 134, cité par de Lorimier dans sa *Bibliothèque du code civil* sous l'art. 1427. Voir aussi l'article 1442 du code civil.

(*b*) Sauf, toujours, la question de la capacité des parties.

se trouver demain à New-York. Ainsi, soumettre les meubles à la loi de la situation, eût été une source continuelle de confusion. C'est pour cette raison que les jurisconsultes ont adopté la maxime : *mobilia sequuntur personam.* Mais cette règle n'est pas invariable comme on le voit par la disposition suivante de l'article 6.

" Les biens meubles sont régis par la loi du domicile du pro-" priétaire. C'est cependant la loi du Bas-Canada qu'on leur " applique dans les cas où il s'agit de la distinction et de la " nature des biens, des privilèges et des droits de gage, des contes-" tations sur la possession, de la juridiction des tribunaux, de la " procédure, des voies d'exécution et de saisie, de ce qui intéresse " l'ordre public et les droits du souverain, ainsi que dans tous les " autres cas spécialement prévus par ce code. "

Cette disposition manque dans le code Napoléon et l'on a imaginé plusieurs systèmes pour suppléer au silence du législateur. Les termes de notre article sont clairs et ne laissent place à aucun doute. Cependant, dans la complication des affaires humaines, il peut arriver des cas où l'application de ce principe si clair peut donner lieu à de grandes difficultés. Feu le juge T. J. J. Loranger suppose un de ces cas *(a).*

Un étranger non domicilié, dit-il, meurt intestat dans le Bas-Canada, y laissant des meubles et des rentes constituées sous saisie mobilière à la poursuite d'un de ses créanciers. Le souverain réclame sa succession, par droit de déshérence, aux termes de l'article 637, prétendant que l'étranger est mort sans parents au degré successible et sans conjoint survivant, et demande comme son héritier à reprendre l'instance. Un tiers fait une opposition à la saisie des meubles, qu'il réclame comme propriétaire. Un autre étranger se présente, dit qu'il est parent au degré successible du défunt et revendique son héridité ; cet étranger repousse la prétention du souverain, conteste le titre de l'opposant, demande main-levée de la saisie des meubles, invoquant le défaut de juridiction du tribunal, des informalités dans la saisie ; il prétend, en outre, que les rentes constituées sont immeubles et ne pouvaient être saisies par voie de saisie mobilière. Sur les entrefaites, intervient un autre créancier du défunt qui allègue qu'à l'époque de la saisie, les meubles étaient en sa possession à titre de gage et demande, suivant l'article 1969, à être payé sur le prix, par préférence, ou

(*a*) Commentaire sur le code civil, t. Ier, n° 94.

bien à être remis en possession du gage d'après une stipulation formelle du contrat (art. 1971, C. C.).

L'espèce supposée par le savant et regretté commentateur soulève presque toutes les questions qu'il est possible de mettre en jeu sous les dispositions de l'article 6, § 2. Par quelle loi, se demande-t-il, sera jugée la contestation ? Par la loi de la province de Québec, répond-t-il, et sa solution s'impose à la simple lecture de notre article *(a)*. Si, au contraire, ajoute-t-il, la contestation se fait entre deux étrangers, membres de la même nation que le défunt, qui se disputent la succession mobilière de ce dernier, nos tribunaux appliqueront la loi étrangère, et cette doctrine est également fondée. Mais supposons, à notre tour, car le juge Loranger ne va pas plus loin, que l'étranger étant mort, la couronne revendique ses meubles par droit de déshérence. Sur ce, se présente un autre étranger, concitoyen du défunt et qui prétend être le successible de ce dernier. Le contestant est un collatéral au treizième degré, et, par la loi de son pays, il serait admis à la succession du défunt. Cependant, l'article 635 du code civil déclare que les parents au delà du douzième degré ne succèdent pas et les articles 636 et 637 ajoutent qu'à défaut de parents au degré successible ou d'un conjoint survivant, la succession est acquise au souverain. Si donc l'on suit, dans l'espèce, la doctrine de notre code, la couronne réussira dans sa demande, si, au contraire, le tribunal s'inspire de la loi étrangère, le contestant sera déclaré propriétaire de ces meubles. Mais devra-t-on appliquer cette loi étrangère ? La raison de douter, c'est que, parmi les exceptions au principe que les meubles sont régis par la loi du domicile de leur propriétaire, se trouvent les contestations sur la possession et généralement ce qui intéresse les droits du souverain. Cependant, il ne s'agit pas ici d'une contestation sur la *possession ;* au contraire, chaque réclamant revendique la *propriété* des meubles du défunt. Il y a plus de difficulté quant à l'exception en faveur des droits du souverain. Mais le *droit* du souverain est-il réellement en question, dans l'espèce, en tant que droit, ou la contestation ne porte-t-elle pas plutôt sur un *fait*, savoir : y a-t-il un parent au dégré successible du défunt ? Les parties admettent le *droit* du souverain de succéder en l'absence de parents au dégré successible du défunt. Mais la couronne prétend que ce *fait*, qui donne

---

(*a*(Sauf, en ce qui concerne la question de savoir si l'étranger est héritier au degré successible. Cette question me paraît, dans l'espèce, être du domaine de la loi étrangère.

naissance à son *droit*, existe, et le contestant le nie. Or, l'existence ou non de ce fait soulève une question de droit. Le contestant peut-il réclamer la qualité de parent au degré successible du défunt ? Pour résoudre cette question, doit-on recourir à nos lois où à la loi étrangère ? Il ne me paraît pas douteux que c'est la loi étrangère qui doit décider si le contestant a ou non la qualité d'héritier. En effet, il ne s'agit nullement des droits de la couronne ici ; c'est une pure question de succession, et les successions mobilières se règlent d'après la loi du domicile du propriétaire des meubles. Il est vrai que la couronne perd sa cause, mais elle la perd, non parcequ'on lui conteste son *droit*, mais parce qu'on fait voir que la *condition* de l'exercice de ce droit n'existe pas. Elle n'eût pas moins perdu sa cause si l'on avait produit un testament fait à l'étranger, nul de forme suivant nos lois, mais valide suivant la loi du lieu où il a été fait. Dans ce cas, le tribunal eût écarté la demande de la couronne en appliquant la *lex loci contractus.* C'est le cas de dire *cessante causâ, cessat effectus.*

Il faut bien admettre, cependant, que nos tribunaux n'ont pas eu à résoudre des cas aussi compliqués. Les arrêts que nous rencontrons se contentent tout simplement d'affirmer le principe de la loi. Ainsi dans la cause de *Parent v. Shearer* (23 L. C. J., p. 42), le juge Jetté a décidé qu'une police d'assurance effectuée à Montréal par des personnes demeurant à Ottawa est régie par les lois de la province d'Ontario quant au droit de la transporter de la part de la femme, pour le bénéfice de laquelle elle était faite. Il y a une décision analogue du juge Davidson, dans une cause de *Prentice v. Steele* (M. L. R., 4 S. C., p. 319), où la cour supérieure a décidé que la cession d'une police d'assurance est réglée par la loi du lieu où cette cession a été faite et non par la loi de l'endroit où la police a émané ou était fait payable. Ce jugement a été confirmé par la cour de revision (voir le rapport M. L. R., 5 S. C., p. 294).

Dans une cause de *Giles v. Giroux* (13 R. L., p. 652), le juge Loranger a jugé que les formalités de la justice sont réglées par la loi du pays où la demande est formée. Il y avait un peu plus de difficulté dans la cause de *Rogers v. The Mississippi & Dominion SS. Co.* (14 Q. L. R., p. 99). Il s'agissait de savoir, en cette cause, si le vendeur non payé de marchandises vendues en Angleterre pouvait exercer le recours connu dans le droit anglais sous le nom de *stoppage in transitu,* ou la revendication des marchandises pendant qu'elles sont en trajet, lorsque le débiteur

avait fait faillite avant qu'il eût pris possession de ces marchandises. Les syndics du failli prétendaient qu'il était question, dans l'espèce, d'un droit de gage et que le créancier était soumis, pour l'exercice de ce droit de gage, à nos lois qui ne reconnaissent pas le *stoppage in transitu*. Le juge Andrews en est venu à la conclusion que le *stoppage in transitu* n'est pas un droit de gage, mais que c'est un droit qui appartient au vendeur par suite du défaut de titre chez l'acheteur qui, lorsqu'il n'a pas payé le prix des marchandises, n'a pas droit à la possession. Il s'appuya également sur les termes de l'article 1543, décidant que la livraison dont il est question en cet article, est la livraison entre les mains du débiteur lui-même et non la remise à l'expéditeur *(a)*.

Enfin, il y a une décision récente de la cour supérieure à Montréal dans une cause de *The Glasgow & London Insurance Co. v. The Canadian Pacific Railway Co.* (34 L. C. J., p., 1 et 20 R. L., p. 157), dans laquelle le juge Tait a décidé que lorsqu'une grange située dans la province d'Ontario, mais assurée à Montréal, a été incendiée par des flammèches provenant d'une locomotive, la responsabilité de la défenderesse doit être jugée, non d'après nos lois, mais d'après celles de la province d'Ontario.]]

III. Les actes. — La forme extérieure des actes est régie par la loi du pays où on les a faits : *locus regit actum.* [[Ce principe n'est pas énoncé au code Napoléon, mais il était]], dans le projet du gouvernement, consacré par un article formel. Cet article, il est vrai, n'a pas été maintenu ; mais le motif qui le fit rejeter est décisif : cette disposition, dit-on, est inutile, *tant est évident le principe qu'elle consacre.*

Son évidence est, en effet, manifeste. Les officiers publics auxquels on est obligé de s'adresser pour faire certains actes, ne peuvent instrumenter que selon les solennités prescrites par la loi de la nation qui les a institués : c'eût donc été, en fait, défendre aux Français de passer des actes à l'étranger, de s'y marier par exemple, que leur imposer l'obligation d'y suivre, pour les faire valablement, des formes qui ne peuvent pas être remplies.

(*a*) Nous verrons plus loin si réellement le *stoppagé in transitu* existe dans notre droit. Pour le moment, il me paraît évident que, quel que soit le nom que l'on donne au recours du vendeur, ce dernier pouvant, dans le cas de faillite du débiteur, refuser de livrer la chose (art, 1497), et ayant, aux termes de l'article 1543, le droit de demander la résiliation de la vente dans les quinze jours de la livraison, faute de paiement du prix, il peut également empêcher que l'expéditeur ne remette à l'acheteur les effets que ce dernier ne pourra jamais lui payer.

[[Le législateur ici ne s'est pas contenté de l'évidence du principe lui-même. Il en a fait l'objet d'une disposition expresse, l'article 7.

7.—" Les actes faits ou passés hors du Bas-Canada, sont va-
" lables si on y a suivi les formalités requises par la loi du lieu
" où ils sont faits ou passés."]]

Ainsi, l'acte fait selon les formes usitées dans le pays où il a lieu est partout régulier. — Toutefois, il ne faut pas confondre les *formes* de l'acte avec les autres *conditions de sa validité.* Ces conditions sont réglées par la loi personnelle des parties, s'il s'agit de leur état, ou par la loi de la situation, s'il s'agit de la propriété de leurs biens (2). Vous voulez vous marier à Londres avec une femme espagnole : quelles lois devront être observées ? La loi [[canadienne,]] quant à vous,et la loi espagnole, quant à votre future, *pour ce qui concerne les conditions d'âge et toutes celles qui rendent le mariage possible ;* enfin la loi anglaise, quant aux FORMES *à suivre pour sa célébration* (3). — Vous pouvez également tester à l'étranger selon les *formes* prescrites par la loi du pays où vous testez ; mais pour tout ce qui concerne votre *capacité* et la *disponibilité* de vos biens situés en [[cette province, nos lois seules doivent]] être consultées.

Une question nous reste à examiner. Il existe certains actes, tels que le contrat de mariage, les donations......, qui ne peuvent être faits que dans la forme authentique, c'est-à-dire devant un officier public et avec certaines solennités, en l'absence desquelles ils sont nuls. Dans certains pays, au contraire, les mêmes actes peuvent être valablement faits dans la forme sous seing privé. [[Discutant cette question, au point de vue du droit français, Mourlon se demande si de semblables actes, faits par un Français, à l'étranger, suivant les formes du lieu, seront valables en France.]].

M. Duranton tient la négative. La règle *locus regit actum* est, dit-il, fondée sur la nécessité des choses ; elle n'a pas d'application en déhors de cette nécessité : un officier public ne pouvant instrumenter que selon les formes prescrites par le pouvoir qui l'a institué, la loi française n'a pas pu exiger, c'eût été demander l'impossible, que les Français qui sont dans la nécessité de s'adresser à un officier étranger procédassent selon les formes françaises. Mais lorsqu'elle exige, pour la validité d'un acte,

(1) Demante, t. I, p. 49.
(2) M, Demangeat, *sur Fœlix*, t. I, p. 44.

Louis-Philippe Gagnon

qu'il soit fait devant un officier public, le Français qui l'a fait à l'étranger doit remplir cette condition; il le *doit* parce qu'il le *peut* (1).

L'affirmative a beaucoup plus de partisans. D'abord il n'est pas exact de dire que le Français *peut* toujours, quand il est à l'étranger, faire ces actes devant un officier public. En effet, d'une part, certains pays n'ont point d'officiers publics. D'autre part, l'officier public étranger peut refuser de les recevoir : car ces actes, ne pouvant se faire, selon la loi qui le régit, qu'en la forme sous seing privé, sont en dehors de ses attributions et, par suite, de son pouvoir.

La règle *locus regit actum* s'applique, d'ailleurs, à toutes les questions qui touchent aux *formes* des actes ; or, la question de savoir si un acte fait en la forme sous seing privé est ou n'est pas valable, est une pure question de forme.

Toutefois, s'il y a eu dol, si un Français a quitté son pays uniquement dans le but d'aller faire à l'étranger, en la forme sous seing privé, un acte qu'il n'aurait pu faire en France que dans la forme authentique, cette fraude à la loi ne réussira pas: l'acte ainsi passé pourra être, en France, déclaré nul. La règle *locus regit actum* n'a été, en effet, posée nulle part; et c'est précisément pour laisser aux juges un certain pouvoir discrétionnaire que les rédacteurs du code ont évité de la consacrer par un texte formel (2).

[[Pour nous cette discussion serait assez oiseuse. Le législateur, en statuant que les actes faits en dehors du Bas-Canada sont valables, si on y a suivi les lois du lieu où ils ont été passés, ne distingue pas entre les actes solennels et ceux qui n'ont pas ce caractère. Peut-être pourrait-on cependant accueillir l'exception de fraude que signale Mourlon, la fraude formant une exception à toutes les règles.

L'article 8 de notre code est un corollaire de l'article 7. Les actes faits à l'étranger sont valides si l'on a suivi les formes du lieu du contrat. Il faut cependant aller plus loin et déclarer qu'en interprétant ces actes on aura égard aux lois de l'endroit où ils ont été faits. C'est là le but de l'article 8 qui se lit comme suit :

---

(1) En ce sens, voy. aussi M. Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. 1, n° 99; *le Dr. civ. internat.*, t. II, nos 240 et suiv.

(2) Merlin, v° *Testam.;* Marc., t. I, p. 58 ; MM. Demol., t. I, n° 106 ; Aubry et Rau, t. I, § 31, note 70 ; [[Baudry-Lacantinerie, t. 1er, n° 84.]]

8.—" Les actes s'interprètent et s'apprécient suivant la loi du lieu " où ils sont passés, à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire, " que les parties ne s'en soient exprimées autrement, ou que, de la " nature de l'acte, ou des autres circonstances, il n'apparaisse que " l'intention a été de s'en rapporter à la loi d'un autre lieu ; aux- " quels cas il est donné effet à cette loi, ou à cette intention " exprimée ou présumée."

Cela équivaut à dire qu'en l'absence de conventions spéciales à cet égard, les parties sont censées s'en rapporter à la loi de l'endroit où leur contrat à été passé pour l'interprétation de ce contrat. Elles n'en sont pas moins libres de choisir d'autres règles d'interprétation. Ainsi, dans un contrat signé aux Etats-Unis, l'on peut déclarer qu'il sera interprété suivant les lois du Bas-Canada. Mais l'inverse est-il vrai ? Peut-on convenir qu'un contrat signé en la province de Québec sera interprété conformément aux lois d'un pays étranger ? Il est impossible de le nier en face des termes formels de l'article 8, et d'ailleurs, la convention est la loi des parties. Il va sans dire que l'on ne suivra cette règle qu'autant que rien dans nos lois ne s'y oppose, la souveraineté nationale l'emportant sur toute autre considération.

L'on verra par la jurisprudence que j'aurai à citer sous cet article qu'il est plus facile de formuler un principe que de l'appliquer.

La plus ancienne cause rapportée, celle de *Allen v. Scaife* (2 R. de L., p. 77), ne fait qu'affirmer le principe de l'article 8.

La cause de *Wilson & Demers* n'est pas venue moins de cinq fois devant nos tribunaux. L'action était portée par un marchand de New-York sur un billet signé à New-York, le 12 septembre 1857, par un nommé Demers et payable à quatre mois de sa date à Fond du Lac dans l'État de Wisconsin, aux États-Unis. Vers le temps de l'échéance de ce billet, Demers s'enfuit des États-Unis et vint se fixer dans le Bas-Canada. Pendant bien longtemps le créancier ne put découvrir le domicile de son débiteur. Quand il y réussit enfin, le billet était déjà prescrit par nos lois, mais ne l'était pas suivant les lois de l'État de Wisconsin où l'absence du débiteur est une cause d'interruption de prescription. Wilson ayant donc découvert le domicile de son débiteur, l'actionna à Montréal. Prévoyant cependant qu'on allait lui opposer le moyen résultant de la prescription, il allégua spécialement que par la loi des États de New-York et de Wisconsin, l'absence du débiteur constituait une interruption à la prescription. Le défendeur lui opposa une défense en droit, prétendant que la prescription étrangère n'avait pas d'application dans l'espèce. Cette défense fut

maintenue par le juge Berthelot qui renvoya l'action décidant que la prescription d'un billet à ordre fait et payable à l'étranger se règle par la *lex fori* (la loi du lieu où l'action est portée) et non d'après la *lex loci contractus* (10 L. C. J., p. 261). Le demandeur appela de cette décision à la cour d'appel, et ce tribunal, composé des juges Alwyn, Drummond, Badgley et Mondelet, infirma le jugement de la cour supérieure pour la raison que la déclaration contenait des allégations de faits qui n'étaient pas attaquées par la défense en droit (11 L. C. J., p. 105). Le demandeur fut donc libre de procéder sur le mérite de sa cause et il prouva qu'en effet les lois des États de New-York et de Wisconsin suspendaient la prescription pendant l'absence du débiteur. Inscrivant sa cause devant la cour supérieure, il fut plus heureux cette fois, car le juge Mondelet lui donna jugement, déclarant que la prescription du billet en question devait se régler suivant la *lex loci contractus* (12 L. C. J., p. 222). Le défendeur porta la cause en révision, devant les juges Mondelet, Mackay & Torrance, et là, le jugement de la cour supérieure fut infirmé, le juge Mondelet, différant (13 L. C. J., p. 24). Appel fut interjeté de cette décision devant la cour d'appel, composée des juges Duval, Caron, Drummond, Badgley & Monk (14 L. C. J., p. 317), et cette cour fut unanime à infirmer le jugement de la cour de revision, car elle était d'avis que même, d'après nos lois, la prescription n'était pas acquise dans l'espèce, conformément au principe : *contra non valentem agere nulla currit prescriptio.* Toutefois, la majorité de la cour d'appel, les juges Caron, Drummond & Monk, adopta le principe de la *lex loci contractus*, le juge Badgley paraissant favoriser la *lex fori (a).*

Trois ans plus tard, en 1870, nous trouvons une décision de *Hillsbury v. Mayer* (18 L. C. J. p. 69), où le juge Mackay a de nouveau affirmé le droit de la *lex fori* de régler la prescription d'un billet fait et payable à l'étranger.

Dans ces deux causes, il s'agissait d'un billet fait avant le code civil. Il n'est pas nécessaire que je discute le mérite de cette question que, du reste, j'aurai à traiter plus loin. Les articles 2190, 2191 du code civil l'ont pratiquement réglée et il est heureux qu'il en soit ainsi, car c'est l'une des questions les plus controversées du droit français *(b).*

Je puis dire, cependant, que nos tribunaux paraissent revenir,

---

(*a*) Le lecteur consultera avec fruit une savante critique du jugement de la cour d'appel par Desiré Girouard, C. R., *Revue Critique*, t. Ier, p. 125.

(*b*) Laurent, *Droit civil international*, t. VIII, n°s 249 et suivants, ne compte pas moins de cinq systèmes sur ce sujet.

en matière de prescription, à la doctrine de la *lex fori*. Voir les causes de *Cross v. Snow* (9 L. N., p. 196), et de *Lafaille v. Lafaille* (14 R. L., p. 466).

Pour continuer à passer en revue la jurisprudence qui se rattache à l'article 8, je trouve une décision du conseil privé, en 1876, dans une cause de *Moore v. Harris* (2 Q. L. R., p. 14), à l'effet qu'un connaissement fait et signé en Angleterre, par le capitaine d'un vaisseau anglais, doit s'interprêter suivant la loi anglaise.

Le même conseil privé a jugé en 1885, dans la cause de *McGibbon & Abbott* (8 L. N., p. 267) que malgré qu'un testament fait en la province de Québec soit rédigé en langue anglaise et qu'on y emploie des expressions techniques anglaises, on doit l'interprêter suivant nos lois.

Dans la cause de *Furniss v. Larocque* (M. L. R., 2 S. C., p. 405), en 1886, le juge Loranger a décidé que dans une société commerciale en nom collectif formée en France, les droits des parties sont régis par le droit commercial français en vigueur à l'époque de la convention. Conformément à ce principe, la cour a jugé que la société n'avait jamais existé légalement, vu que les associés ne s'étaient pas conformés aux exigences de l'article 42 du code de commerce français, et que l'un des associés, pourvu d'un conseil judiciaire, n'avait pas obtenu le consentement de ce conseil.

En 1886, la cour du banc de la Reine, dans la cause de *The Rhode Island Locomotive Works & The South Eastern Railway Co. et al.* (31 L. C. J., p. 89), a confirmé le jugement de la cour supérieure qui renvoyait une saisie revendication de l'appelante contre deux locomotives vendues par elle à l'intimée dans l'État du Rhode Island. La cour s'est appuyée sur le motif que les lois de cet État ne reconnaissaient pas le droit du vendeur d'un meuble de saisir revendiquer ce meuble faute de paiement du prix de vente *(a)*.

Enfin, il y a la cause de *Ross & Ross*, jugée par la cour d'appel le 4 mai 1893 (R. J. Q., 2 B. R., p. 413). Il s'agit, dans cette

---

(*a*) On opposera peut-être à cette décision, les termes de l'article 6 qui déclare que la loi du Bas-Canada sera applicable aux meubles, lorsqu'il s'agira " des privilèges et des droits de gage.... de la procé- " dure, des voies d'exécution et de saisie ". Le jugement de la cour supérieure (Taschereau, J.) a répondu à cette objection en disant " que l'article 6 du code n'a pu créer, sur des meubles apportés dans " le Bas-Canada, un privilège et un recours auxquels ils n'étaient pas " sujets avant d'y arriver." Et le savant juge réfère à Story, *Conflict of Laws*, sections 240, 264, 266, 267, 268*a*, 322*b*, 423*d*. Cette raison me paraît concluante, car le fait accidentel du transport des locomotives au Canada n'a pas pu conférer au vendeur des droits plus amples que ceux que lui donnait son contrat à l'endroit où ce contrat a été fait.

cause, des articles 7 et 8 du code civil. La cour d'appel a jugé que les lois de l'Étatit de New-York, en 1865, permettant aux étrangers de disposer par testament, suivant les formes autorisées par les lois de leur domicile, le testament olographe fait à cette époque, dans cet État, par une personne domiciliée à Québec, est valable. Cette décision est conforme à l'article 7. Dans cette cause il fut prouvé que, d'après la loi de l'acte de New-York, un testament fait suivant la formule autorisée par la loi du domicile du testateur n'a d'effet que quant aux meubles; il ne peut transmettre les immeubles. Il restait donc à déterminer l'effet de ce testament. Or l'article 8 dit que les actes s'interprêtent et s'apprécient suivant la loi du lieu où ils sont passés, à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire, que les parties ne s'en soient exprimées autrement, ou que, " de la nature de l'acte ou " des autres circonstances, il n'apparaisse que l'intention a été " de s'en rapporter à la loi d'un autre lieu, auxquels cas il est " donné effet à cette loi ou à cette intention, exprimée ou pré- " sumée ". Dans l'espèce la cour a trouvé des indices de cette intention de s'en rapporter à notre loi, dans le fait que le testateur n'était que de passage à New-York, qu'il a légué tous ses biens sans distinguer entre les meubles et les immeubles, que sa fortune se trouvait presque toute entière ici et qu'il a immédiatement envoyé son testament à son frère à Québec.]]

NOTE.—J'ai dit supra, p. 83, que le Canadien, domicilié en France, se trouve dans une position anormale, car, d'après nos lois, sa capacité est régie par les lois françaises, tandis qu'en France, on juge cette capacité d'après les lois canadiennes. Peut-être répondra-t-on qu'il y a un moyen de sortir de la difficulté. La capacité du Canadien domicilié en France est régie, dit notre code, par la loi française. Or cette loi française veut que ce Canadien, qui a conservé sa nationalité, tombe sous le coup du statut personnel canadien. Donc le texte même de notre loi forcera nos tribunaux à juger que, malgré son domicile en France, ce Canadien est resté soumis à nos lois. A première vue cette réponse est plausible, mais sa fausseté deviendra évidente si l'on renverse les termes de la supposition. En France, on en appelle à nos lois pour déterminer la capacité de ce Canadien ; or d'après notre code, cette capacité est régie par la loi française. Donc, malgré la jurisprudence française, les tribunaux français devront appliquer leur propre loi. Un argument qui conduit à des résultats aussi opposés et qui tourne dans un cercle aussi vicieux, est assurément battu en brèche par la *reductio ad absurdum*. Mais il rencontre une objection encore plus sérieuse : c'est que chaque pays étend ou refuse d'étendre aux étrangers le bénéfice de ses lois civiles, comme il l'entend, et ne saurait être forcé, je pourrais dire par ricochet, à en faire bénéficier celui-là même que, par une disposition formelle, il a déclaré en être exclu.

§ V.—*De l'application, de l'interprétation, de l'abrogation* [[*et de l'effet*]] *des lois.*

I. De l'application des lois. — La justice est le premier devoir de la société : c'est pour le remplir qu'on institue des juges.

Comme tout mandataire, les juges doivent accomplir leur mandat, mais sans en dépasser les limites. De là deux devoirs que la loi leur impose :

1° *Ils doivent terminer par un jugement tous les différends qui leur sont soumis.* — S'ils s'abstiennent, sous prétexte du *silence*, de *l'obscurité* ou de *l'insuffisance* de la loi, leur refus constitue un délit, connu sous le nom de *déni de justice (a).* Ainsi, quant aux juges, la maxime si connue et si sage : *Dans le doute, abstiens-toi*, n'a point d'application.

[[Notre article 11 dit que le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. Il n'y a, dans notre droit, aucune peine portée contre le déni de justice. Le seul recours serait de s'adresser au parlement canadien qui peut voter une adresse au souverain demandant la révocation du juge indigne.]]

Lorsque la loi est claire, formelle, le juge doit la suivre, alors même que son application paraît peu raisonnable et contraire à l'équité naturelle : *Dura lex, sed lex !* Un bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi : car il est institué pour juger selon elle, et non pas pour la juger *(b).* Rien n'est au-dessus de la loi, et c'est prévariquer qu'en éluder les dispositions, sous prétexte que l'équité naturelle y résiste. En jurisprudence, il n'y a pas, il ne peut pas y avoir, de raison plus raisonnable, d'équité plus équitable, que la raison ou l'équité de la loi.

(*a*) Il y a en France une pénalité édictée contre le juge qui se rend coupable de déni de justice.

(*b*) Nos juges ont certainement le droit de juger les lois qui émanent du parlement canadien et de la législature, en ce sens qu'ils peuvent se demander si ces lois sont conformes à la constitution qui nous régit. Il arrive ainsi qu'une loi perd toute sa force, non parce qu'elle a été abrogée par le pouvoir qui l'a décrétée, mais parce que les tribunaux l'ont condamnée comme inconstitutionnelle. Il y a d'ailleurs certaines garanties et certains droits qui résultent de traités et qui ne peuvent être affectés par la législation. Je pourrais citer encore des cas où une loi devrait être déclarée non avenue, comme, par exemple, celle qui établirait des taxes inégaux. Du reste, il est indubitable que certains droits, qui prennent leur source dans la nature même de l'homme,priment la loi positive et font même partie de notre constitution. Il me suffit d'indiquer ce principe ici sans tenter des développements qui nous entraîneraient trop loin.

Malheureusement, cette règle n'est pas assez bien comprise dans la pratique. On voit tous les jours des juges traiter de vaines subtilités les décisions du droit positif et le pervertir à force d'équité ! Ce sont de mauvais juges ! Je ne sais rien qui soit, en jurisprudence, plus dangereux que cette manie de de préférer à la règle toujours fixe de la loi les prestiges si souvent trompeurs de l'équité naturelle. L'équité, c'est le caprice pour la loi, l'anarchie sous les apparences de l'ordre, l'auxiliaire de ceux qui, par orgueil ou par intérêt, mettent leur raison au-dessus de la règle. Tout le monde en parle, mais personne ne la définit. Croit-on l'avoir suffisamment caractérisée lorsqu'on dit d'elle que c'est *une lueur de raison que la nature a mise dans tous les esprits ?* Cette lueur de raison n'existe certainement pas au même degré chez tous les hommes ; elle est plus ou moins vive suivant les temps et les lieux, suivant notre âge, notre éducation et mille autres circonstances. Chacun comprend donc l'équité à sa manière, et c'est précisément parce qu'elle est variable selon le caprice et les passions des hommes que les législateurs ont senti le besoin d'en fixer les règles par des lois écrites *(a)*.

Ils n'ont pas sans doute réussi toujours ; mais ce n'est pas, que je sache, aux juges qu'appartient le droit de corriger les erreurs qui ont pu être commises. Autrement, quelle sécurité y aurait-il ? Nos lois ne seraient plus qu'une lettre morte ! Rien ne serait garanti ; nos droits les plus sacrés seraient eux-mêmes compromis.

Le peuple, avec son instinct naturel, le comprend bien. Dieu nous garde de l'équité des Parlements ! disait-il autrefois. Les habitants de la Savoie, conquise par François Ier, demandèrent, par grâce, à ce monarque, de n'être pas jugés selon l'équité. Cette requête parut étrange d'abord ; mais après y avoir mûrement réfléchi, on la trouva fort censée.

Lorsque la loi est obscure, le juge doit s'efforcer d'en découvrir le sens, en recourant aux règles de l'interprétation. Je dirai tout à l'heure quelles sont ces règles.

Mais si la loi se tait absolument, si elle n'a pas prévu, ni directement, ni indirectement, le cas qui donne lieu au procès, quel

(*a*) L'article 1104 du code de procédure civile dit que lorsque le montant en jeu devant la cour de circuit n'excède pas vingt-cinq piastres, les demandes " sont décidées suivant l'équité et la bonne conscience." L'article 1183 du même code dit que les commissaires pour la décision sommaire des petites causes, et dont la juridiction est limitée à vingt-cinq piastres, " doivent décider en bonne conscience, suivant l'équité " et au meilleur de leur connaissance et de leur jugement."

parti doit-il prendre ? Il ne lui est pas permis de s'abstenir, notre article 11 le lui défend. Décider d'après la loi, il ne le peut, puisque la loi est absolument muette. Peut-il alors recourir aux règles de l'équité naturelle ?

Il ne le peut pas *en matière criminelle :* car, en cette matière, tout ce qui n'est pas défendu directement est licite : les arguments d'analogie ne sont pas permis au criminel. On n'y tolère même pas les arguments *à fortiori.* Il n'y a de peines applicables, en un mot, que celles qui sont prononcées par une loi bien positive *(a).*

Que fera donc le juge, si l'accusation porte sur un fait que la loi n'a pas réputé crime, et contre lequel, par conséquent, elle n'a créé aucune peine ? Il devra rendre un jugement, car il ne peut suspendre son ministère sans se rendre coupable d'un déni de justice ; mais son jugement *devra, nécessairement, être favorable à l'accusé, qui sera absous :* NULLA PŒNA SINE LEGE.

Faut-il, *en matière civile,* suivre la même théorie ?

Quelques personnes admettent l'affirmative. Lors, disent-elles, que les tribunaux civils reconnaissent qu'aucune loi n'a prévu, ni directement, ni indirectement, le cas qu'ils ont à juger, leur devoir est tout tracé : ils doivent *débouter le demandeur, alors même que sa prétention est fondée* en *équité.* Tout demandeur est, en effet, tenu d'établir, sous peine de succomber, que sa prétention est fondée *selon la loi* (1).

Suivant l'opinion générale, au contraire, les juges doivent, alors même que la loi est absolument muette, *admettre la prétention du demandeur,* si elle leur paraît juste *selon l'équité naturelle* (2). Tel est, je crois, le système qu'il faut suivre. Je le trouve consacré de la manière la plus formelle dans les travaux préparatoires du code. Vivement attaqué, il fut éloquemment défendu par plusieurs orateurs, et notamment par M. Portalis, qui le fit triompher. M. Portalis fit remarquer, en réponse aux objections qui lui étaient faites, que le pouvoir de juger selon l'équité est nécessaire, parce que la loi, qui se ressent de l'imperfection des hommes, n'a pas pu prévoir tous les cas qui peuvent se présenter... ;

---

(1) Blondeau, dans sa *Chrestom.* ; M. Demol., t. I, n° 113.

(2) Delvincourt, t. I, p. 11 des notes ; Dem., t. I, p. 52 ; Marc., sur l'article 4 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'article 4.—Voy. aussi M. Laurent, *Princ. de dr. civ.,* t. I, n[os] 254 et 255 [[En effet, c'est un principe en droit qu'à tout mal il existe un remède.]]

(*a*) La même règle doit être suivie en matière pénale.

que le cours de la justice serait souvent interrompu si l'équité n'était pas le supplément naturel des lois; qu'entre ces deux inconvénients graves, celui de laisser le cours de la justice interrompu, ou d'abandonner quelque chose à la conscience des juges, il valait mieux souffrir ce dernier... ; que, s'il est vrai qu'au criminel il n'est pas nécessaire de punir quand la loi est muette, il est toujours nécessaire de terminer les différends que les lois faites ne terminent pas et que les lois à faire ne pourraient pas terminer sans blesser le principe de la non-rétroactivité... ; qu'il importait que les juges pussent, afin d'assurer la paix des citoyens, recourir *au jugement d'équité* quand la loi est muette. Ces considérations ayant prévalu, le principe fut proclamé (1).

— En résumé, lorsqu'un conflit paraît exister entre la loi et l'équité naturelle, c'est la loi qui l'emporte *(a)*.

Lorsqu'en *matière civile*, la loi est absolument muette, ou lorsqu'il est impossible de découvrir, par l'interprétation, la véritable pensée de la loi, les juges peuvent alors, mais alors seulement, motiver leur jugement sur des considérations exclusivement tirées de l'équité naturelle (2).

En matière criminelle, le silence ou l'obscurité de la loi profite toujours à l'accusé, qui doit être absous.

2° *Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition* GÉNÉRALE *et* RÉGLEMENTAIRE, *sur les causes qui leur sont soumises.*—Les décisions par voie *générale* et *réglementaire* sont celles par lesquelles un tribunal, jugeant un fait particulier qui lui est soumis, décide qu'à l'avenir tous les faits identiques seront par lui jugés de la même manière.

Nos anciens Parlements ont plusieurs fois rendu, sous le titre d'*Arrêts de règlement*, des décisions de cette nature. Tant qu'elles n'étaient pas abrogées par le roi en son Conseil, elles étaient

---

(1) Voy. Fenet, t. VI, p. 21 et suiv., 76 et 77, 93, 106, 107, 150, 166, 188, 268, 269, 359 et suiv.—Un membre du Tribunat proposa d'attribuer au Sénat conservateur, érigé en *jury d'équité*, le droit de juger les cas que les tribunaux déclareraient n'avoir pas pu juger faute d'une loi. Un autre demanda que ces cas fussent jugés par des arbitres désignés par les tribunaux. Ces propositions furent rejetées. On laissa *aux tribunaux* le droit qu'on voulait attribuer au *Sénat conservateur* (voy. Fenet, t. VI, p. 75 et suiv.).

(2) Ce cas se présentera bien rarement dans la pratique. Nos lois sont, en effet, si nombreuses et si remplies de détails, les principes qu'elles posent sont si larges et si profonds, qu'on est à peu près sûr, pour peu qu'on ait l'esprit exercé, d'y rencontrer, quelle que soit la nature de l'affaire à juger, la base d'une décision juridique.

(*a*) Sauf ce que j'ai dit en note ci-dessus, p. 103.

obligatoires pour le Parlement qui les avait rendues, ainsi que pour tous les tribunaux qui faisaient partie de son ressort (voy. p. 16 *supra*).

Il n'en est plus de même aujourd'hui ; les tribunaux ne peuvent plus se lier pour l'avenir. Il ne leur est point permis de prendre l'engagement de rendre toujours des décisions conformes à celles qu'ils ont déjà rendues.

Cette innovation a deux motifs :

1° Il importe à la bonne administration de la justice que les pouvoirs législatif et judiciaire ne soient pas réunis dans les mêmes mains. Ce principe est fondamental ; toutes nos Constitutions l'ont reconnu. Or, les décisions *générales* et *réglementaires* sont de véritables *lois :* les juges doivent donc s'en abstenir. Autrement le principe de la distinction du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire serait violé, puisque le pouvoir judiciaire aurait le double droit de faire des lois et de les appliquer.

A chacun son rôle. Le législateur fait les *lois ;* les juges les appliquent aux différends qui leur sont soumis : ils rendent des *jugements.*

La *loi* est une règle de conduite obligatoire pour tout le monde. — Les *jugements* n'obligent que ceux qui ont été *parties* au procès, leurs *héritiers* ou *ayants cause.* En dehors de la contestation qu'ils tranchent, ils n'ont aucune autorité.

La *loi* n'a point d'effet dans le passé ; elle ne règle que l'avenir, c'est-à-dire les faits postérieurs à sa promulgation. — Les *jugements* ne s'appliquent qu'à des faits passés, accomplis.

2° Si chaque tribunal pouvait rendre des décisions générales et réglementaires, il y aurait bientôt autant de lois particulières qu'il y a de manières différentes d'interpréter les mêmes lois ; nous retomberions dans cette diversité de coutumes, de statuts locaux, qui régissaient autrefois notre territoire. L'unité de la loi, ce grand bienfait de la civilisation, serait ainsi détruite *(a).*

II. De l'interprétation des lois. — L'*interprétation* consiste à déterminer, par le secours du raisonnement, le véritable sens des lois obscures ou ambiguës.

(*a*) Node code civil n'a pas de disposition comme celle de l'art. 5 du code Napoléon qui défend aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. Mais il est évident que ce principe ne souffre aucun doute. Nos juges sont chargés d'interpréter la loi et non de la faire. Il est vrai que l'interprétation d'une cour d'appel obligera les cours inférieures, mais cela n'est dû qu'à l'autorité du tribunal.

[[Avant de donner les règles générales d'interprétation formulées par Mourlon, il importe de citer les articles 9 et 10 de notre code civil qui ne se trouvent pas dans le code Napoléon, car ce sont des règles de notre droit public.

L'article 9 se lit comme suit :

9. " Nul acte de la législature n'affecte les droits ou prérogatives de la couronne, à moins qu'ils n'y soient compris par une disposition expresse.

" Sont également exempts de l'effet de tel acte, les droits des tiers qui n'y sont pas spécialement mentionnés à moins que l'acte ne soit public et général. "

La première partie de l'article découle de la constitution anglaise qui veut protéger le roi contre les effets de la sanction qu'il donne aux mesures votées par la législature. Ces mesures n'ayant force de loi qu'en vertu de la sanction royale, les prérogatives du roi ne seront affectées que s'il en est fait une mention expresse. Alors l'attention du souverain sera attirée sur la disposition en question, et il donnera ou refusera sa sanction en connaissance de cause. Ceci ne veut pas dire que le souverain est exempt de l'autorité des lois. Au contraire, comme premier citoyen de l'État, le roi doit s'y soumettre, et par le serment qu'il prête lors de son couronnement, il jure de gouverner le peuple conformément aux statuts passés en parlement et aux lois et coutumes du royaume. Mais pour des raisons d'État, et à cause des nécessités du gouvernement, on a dû admettre, en faveur du roi, certains droits fondés sur la constitution même du royaume. Ces droits sont connus sous le nom de *prérogatives*. On peut distinguer deux espèces de prérogatives : les *prérogatives politiques* et les *prérogatives civiles*. Les premières sont le droit du roi d'avoir des ambassadeurs, de conférer des titres de noblesse ou d'honneur etc. ; les secondes sont, entre autres, le droit que possède le souverain de se faire payer avant d'autres créanciers, d'être exempt de poursuites judiciaires, autrement que par voie de pétition de droit, de n'être pas, sauf quelques exceptions, soumis à la prescription conformément au principe : *nullum tempus occurit regi* (article 2211 et suivants, code civil). L'article 9 n'a en vue que les prérogatives civiles, quoique le principe qu'il énonce s'applique également aux prérogatives politiques. Il ne s'étend pas à certaines prérogatives *sui generis* qui sont plutôt les prérogatives du sujet, auquel le roi prête son autorité pour lui permettre de faire respecter ses droits ; tels sont les brefs appelés *brefs de prérogative*, les brefs de *Mandamus*, de *Prohibition*, d'*Injonction*, de *Quo Warranto* et de *Certiorari*.

Dans la cause de *Sir Alexander Campbell, ès qual., v. Judah* (7 L. N., p. 147), le juge Mathieu a décidé, en 1884, que l'article 9 du code civil ne se rapporte qu'aux droits et prérogatives du souverain qui découlent de la souveraineté dont il est investi; les droits civils qui peuvent appartenir au roi comme à ses sujets ne tombent pas sous le coup de cet article. Conformément à ce principe, la cour a décidé qu'on pouvait plaider, en compensation à une demande de la couronne pour prix d'un terrain vendu, une réclamation contre elle pour salaire.

La deuxième partie de l'article 9 s'expliquera mieux quand nous aurons cité l'article 10.

10 (tel qu'amendé par les S. R. P. Q., art. 5774). — " Tout " acte est public, à moins qu'il n'ait été déclaré privé.

" Chacun est tenu de prendre connaissance des actes publics; " les actes privés, au contraire, doivent être plaidés *(a)*."

Donc, la règle générale, c'est qu'un acte (et en parlant *d'acte*, on entend maintenant une loi votée par la législature) est public, c'est-à-dire fait pour des fins d'intérêts publics, et applicable à tout le monde. Les tribunaux comme le public sont tenus d'en prendre connaissance, sans qu'on soit obligé de désigner la loi particulière dont on réclame le bénéfice. Cela ne veut pas dire que les tribunaux soient tenus de suppléer à la négligence d'un plaideur qui omet d'invoquer un droit dont il aurait pu se prévaloir. A moins qu'il ne s'agisse d'une loi d'ordre public, la cour jugera la cause telle que les parties l'ont faite. Mais il n'est pas nécessaire de désigner nommément l'acte en particulier, il suffit de réclamer le bénéfice de la loi en général. Par exemple, la compensation existe en vertu d'une loi publique, elle s'opère même de plein droit, mais si on ne l'invoque pas avec des conclusions appropriées, le tribunal n'en tiendra pas compte.

Les actes privés sont des lois adoptées par la législature pour protéger ou favoriser des intérêts privés. Mais quelque privé que soit le but de la loi, il faut encore que le législateur lui-même déclare que l'acte sera réputé privé, autrement ce sera un acte public *(b)*.

(*a*) Il est curieux de remarquer que l'article 10, tel qu'amendé, dit aujourd'hui tout le contraire de ce qu'il disait avant que l'amendement eût été fait. Autrefois, les actes étaient publiés par leur nature même ou pour avoir été déclarés tels ; tout autre acte était privé.

(*b*) Il est à remarquer que dans la plupart des cas, le législateur ne fait pas cette déclaration, même quand le but de la loi est manifestement privé. Ainsi, le plus souvent, le projet de loi qu'on appelle *bill privé*, quand il est devant la législature, devient, faute de la déclaration requise du législateur, un acte public.

Venons maintenant à la deuxième partie de l'article 9. Le législateur dit que les droits des tiers qui ne sont pas spécialement mentionnés dans une loi, ne sont pas affectés par cette loi à moins que l'acte ne soit public et général. L'acte privé, n'est qu'un contrat sanctionné par le législateur, comme le serait un contrat ordinaire, *res inter alios acta.*

Il nous reste maintenant à citer les règles générales d'interprétation des lois posées par Mourlon.]]

Les règles, dit-il, qui doivent diriger cette interprétation, sont fort nombreuses ; je me borne aux plus nécessaires.

1° Les législateurs puisent souvent leurs inspirations dans les anciennes lois, qu'ils ne font qu'améliorer et accommoder aux mœurs de leur temps : il importe donc de les étudier, et, pour les bien comprendre, de consulter les anciens auteurs qui les ont commentées.

2° Les circonstances qui ont donné naissance à la loi révèlent son esprit : il est toujours utile de les connaître.

3° L'exposition de ses motifs, les observations et discours auxquels elle a donné lieu, la mettent en lumière : l'étude de ces travaux préparatoires est essentielle.

4° L'usage est un excellent interprète de nos lois ; Justinien le considérait comme le plus sûr : *Optima est legum interpres consuetudo,* disait-il (1). C'est qu'en effet, les lois ne sont souvent que la consécration des règles dont l'utilité a été démontrée par une constante pratique.

5° Les diverses dispositions dont une loi se compose s'interprètent les unes par les autres ; c'est en les combinant qu'on en découvre le véritable sens : *Incivile est, nisi totâ lege perspectâ... judicare* (art. 1018).

6° On peut prendre pour auxiliaires les autres parties de la législation, et, par exemple, interpréter le code civil par le code de procédure : c'est en suivant la filiation des idées qu'on découvre le but que s'est proposé le législateur.

7° La loi postérieure l'emporte sur la loi antérieure ; la loi spéciale sur la loi générale.

8° Lorsque la loi est susceptible de deux sens, il faut l'entendre dans le sens avec lequel elle peut produire un effet, plutôt que dans le sens avec lequel elle n'en produirait aucun ; les législateurs mettent tous leurs soins, en effet, à ne pas faire des lois inutiles (art. 1014).

(1) Cette maxime est empruntée au jurisconsulte Callistrate : L. 37 D., *De legibus* (I, III.)

Si les deux sens dont elle est susceptible sont également utiles, on doit naturellement admettre, à moins que le contraire ne soit d'ailleurs démontré, que le plus conforme à l'équité est le véritable : car l'équité est le guide ordinaire du législateur.

9° Le sens qui, à la simple lecture du texte, se présente naturellement à l'esprit, donne presque toujours la véritable pensée de la loi : car les législateurs ne s'amusent point à faire des énigmes.

10° Cependant, la formule qu'ils emploient n'est pas toujours heureuse ; il arrive quelquefois qu'elle ne reproduit pas exactement leur pensée : *l'esprit* de la loi peut donc, dans certains cas, l'emporter sur le *texte*.

Ainsi, les conséquences que la *lettre* de la loi autorise doivent être rejetées, lorsqu'elles ne sont pas conformes à son *esprit*. Il faut admettre celle que son texte ne paraît pas comprendre, mais que son esprit justifie.

Toutefois, prenons garde ! l'argument *a pari* n'est pas toujours bon. Il faut, à cet égard, faire plusieurs distinctions.

Les lois *pénales* ne l'admettent jamais. Tout est de rigueur en cette matière : tout ce qui n'est pas expressément défendu est licite. Les inductions n'étant point permises, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi formelle : *Nulla pœna sine lege* (voy. *supra*, p. 104).

Quant aux lois *civiles*, les unes le comportent, les autres y résistent. Sont-elles *favorables*, c'est-à-dire conformes aux principes généraux qui ont servi de base à notre législation : elles peuvent être, par *analogie*, étendues aux cas qu'elles n'ont pas textuellement prévus. Sont-elles, au contraire, *exceptionnelles*, c'est-à-dire sortent-elles du droit commun : elles n'admettent aucune extension ; les exceptions ne se suppléent point : *Exceptiones sunt strictissimæ interpretationis.*

11° L'argument *qui dicit de uno negat de altero*, connu sous le nom d'argument *à contrario*, est dangereux ; il n'est bon que lorsque le résultat auquel il conduit est raisonnable et conforme à l'esprit général de la loi, ou lorsque, partant d'une disposition exceptionnelle, on rentre dans le droit commun.

12° L'argument *qui peut le plus peut le moins* est, en général, fort concluant ; cependant il ne faut pas l'admettre lorsqu'il est établi, soit par l'histoire, soit par la nature même de la loi, que le législateur a eu, ce qui arrive quelquefois, des motifs particuliers de prohiber le moins en tolérant le plus.

Nous connaissons les règles qui doivent diriger l'interprétation ; il importe maintenant d'en étudier les effets.

Toute interprétation est *doctrinale:* elle consiste toujours à déterminer, par le secours de la science juridique, le sens vrai de la loi. Quant à ses effets, des distinctions sont nécessaires. L'interprétation, à ce point de vue, est tantôt *purement doctrinale*, tantôt *judiciaire*, tantôt *officielle* ou *réglementaire*.

1° *Interprétation purement doctrinale.* — C'est celle qui est donnée par les écrivains, par les jurisconsultes ; elle n'a aucune force obligatoire. Lorsque les tribunaux la suivent, ce n'est pas parce qu'elle leur est imposée ; mais c'est parce qu'après l'avoir vérifiée et trouvée juste, ils se l'approprient.

2° *Interprétation judiciaire.* — C'est celle qui est donnée par les juges dans les causes particulières qui leur sont soumises. Elle a une certaine force obligatoire, mais fort restreinte. Elle est obligatoire *quant à l'affaire jugée*, je veux dire quant à la cause qui y a donné lieu. Oui, quant à cette affaire, l'interprétation qui a été donnée est réputée juste pour tout le monde ; la loi elle-même la fait sienne. Mais, *en dehors de la contestation même qu'elle a tranchée*, elle n'a aucune autorité et n'engage personne ; elle ne lie ni les autres tribunaux, ni même le tribunal qui l'a donnée (art. 1241). Si une autre cause, en tous points semblable, mais *nouvelle*, se présente, le tribunal saisi est libre ou de suivre la première interprétation, ou d'en donner une autre *(a)*.

3° *Interprétation officielle ou réglementaire.* — C'est celle qui est donnée d'une manière générale ; elle oblige tout le monde ; les tribunaux n'ont pas le droit de s'en écarter *(b)*.

[[Notre code civil contient quelques règles d'interprétation qui ne se trouvent pas dans le code Napoléon.

(*a*) Telle est la doctrine du droit français. En ce pays, d'après l'usage, et non en vertu d'une loi expresse, les arrêts de nos tribunaux supérieurs sont censés lier les cours inférieures. C'est un terme moyen entre le système anglais où les précédents ont une force obligatoire et le système français, où le jugement ne vaut que comme raison écrite. Je puis ajouter qu'un tribunal inférieur en persistant à interprêter la loi contrairement à la doctrine suivie par les cours d'appel, rend un mauvais service aux plaideurs, et surtout à la partie en faveur de laquelle il a jugé. Le jugement ne pouvant se maintenir, on expose cette partie à payer doubles frais.

(*b*) Cette interprétation officielle n'existe pas dans notre droit. Cependant, la législature adopte souvent des lois interprétatives. Je ne rapporterai pas l'analyse que fait Mourlon des différentes lois françaises qui ont réglé cette interprétation officielle.

Il y a d'abord l'article 12 qui ressemble à la huitième règle de Mourlon.

12.—" Lorsqu'une loi présente du doute ou de l'ambiguité, " elle doit être interprétée de manière à lui faire remplir l'intention " du législateur et atteindre l'objet pour lequel elle a été passée.

" Le préambule, qui fait partie de l'acte sert à l'expliquer. "

L'article 17 et la cédule qui l'accompagne donne le sens légal de certaines expressions dont se sert le code civil.

17 *(Tel qu'amendé par les S. R. P. Q., art. 5775)*.—" Les " mots, termes, expressions et dispositions énumérés en la cédule " qui suit, chaque fois qu'ils se rencontrent dans ce code ou dans " aucun acte de la législature provinciale, ont le sens, la signifi- " cation et l'application qui leur sont respectivement assignés " dans cette cédule, et sont interprétés en la manière y indiquée, " à moins qu'il n'existe quelques dispositions particulières à ce " contraires.

" *Cédule*

" 1° Chacun des mots 'Sa Majesté', 'le roi', 'le souverain', "'la reine', 'la couronne' signifie le roi ou la reine, ses héritiers " et successeurs, souverains du Royaume-Uni de la Grande- " Bretagne et d'Irlande.

" 2° Les mots 'parlement impérial' signifient le parlement " du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande ; les mots " 'parlement fédéral' signifient le parlement du Canada ; le mot " 'législature' signifie la législature de Québec ; les mots 'actes' " ou 'statuts impériaux' signifient les lois passés par le parle- " ment impérial ; les mots 'acte' ou 'statuts fédéraux' signifient " les actes ou statuts passés par le parlement du Canada ; les " mots 'actes', 'statut' ou 'loi' employés sans qualification, " s'entendent des actes, statuts ou lois de la législature de Québec ; " le mot 'province' employé seul, signifie la province de Québec, " et le qualificatif 'provincial' ajouté aux mots 'acte', 'statut' ou " 'loi' signifie les actes, statuts ou lois de la province.

" 3° Les mots 'gouverneur-général' signifient le gouverneur- " général du Canada ou la personne administrant le gouvernement " du Canada et 'lieutenant-gouverneur', le lieutenant-gouverneur " de la province de Québec, ou la personne administrant le gou- " vernement de la province.

" 4° Les mots 'gouverneur-général en Conseil' signifient le " gouverneur-général ou la personne administrant le gouverne-

" ment, agissant de l'avis du conseil privé de la reine pour le " Canada ; et 'lieutenant-gouverneur en conseil', le lieutenant-" gouverneur ou la personne administrant le gouvernement, " agissant de l'avis du conseil exécutif de la province de Québec.

" 5° Le mot 'proclamation' signifie proclamation sous le grand " sceau et les mots 'grand sceau' signifient le grand sceau de la " province de Québec.

" 6° Les mots 'Canada' 'Puissance' signifient la Puissance " du Canada ; les mots 'Bas-Canada' signifient cette partie du " Canada qui formait ci-devant la province du Bas-Canada, et " signifient maintenant la province de Québec; et les mots " 'Haut-Canada' signifient cette partie du Canada qui formait ci-" devant la province du Haut-Canada, et signifient maintenant la " province d'Ontario.

" 7° Les mots 'Royaume-Uni' signifient le Royaume-Uni de " la Grande-Bretagne et d'Irlande, et 'États-Unis', les États-Unis " d'Amérique.

" 8° Le nom communément donné à un pays, une place, un " corps, une corporation, une société, un officier, un fonctionnaire, " une personne, une partie ou une chose, désigne et signifie le pays, " la place, le corps, la corporation, la société, l'officier, le fonction-" naire, la personne, la partie, ou la chose même ainsi dénommé, " sans qu'il soit besoin de plus ample description.

" 9° Le genre masculin comprend les deux sexes, à moins qu'il " ne résulte du contexte de la disposition qu'elle n'est applicable " qu'à l'un des deux *(a)*.

" 10° Le nombre singulier s'étend à plusieurs personnes ou à " plusieurs choses de même espèce, chaque fois que le contexte " se prête à cette extension.

" 11° Le mot 'personne' comprend les corps politiques et " constitués en corporation, et s'étend aux héritiers et représen-" tants légaux, à moins que la loi ou les circonstances particu-" lières du cas ne s'y opposent.

" 12° Les mots 'écritures', 'écrits' et autres ayant la même " signification, comprennent ce qui est imprimé, peint, gravé, " lithographié, ou autrement tracé ou copié.

" 13° Le mot 'mois' signifie un mois de calendrier.

" 14° Les mots 'jour de fête,' ou 'jour férié' comprennent : " 1° les dimanches ; 2° le premier jour de l'an ; 3° *(tel qu'amen-" dé par le* 56 *Vic., ch.* 38, *s.* 1) les fêtes de l'Epiphanie, le " mercredi des Cendres, le vendredi-saint, le lundi de Pâques, la

(*a*) Voy., à ce sujet, la cause de *Grace v. Higgins* (R.J.Q., 1 C.S., p. 32).

" fête de l'Ascension, et les fêtes de la Toussaint, la Conception et " Noël. 4° L'anniversaire de la naissance de souverain ou le " jour fixé par proclamation pour sa célébration ; 5° le premier " jour de juillet (anniversaire de la mise en vigueur de l'acte " d'union), ou le deuxième jour du mois, si le premier est un " dimanche, et 6° tout autre jour fixé par proclamation royale, " ou par proclamation du gouverneur-général ou du lieutenant- " gouverneur, comme jour de jeûne ou d'actions de grâces géné- " rales.

" 15° Le mot ' serment ' comprend ' l'affirmatión solennelle ' " qu'il est permis à certaines personnes de faire au lieu du ser- " ment *(a)*.

" 16° Le mot ' magistrat ' signifie juge de paix ; ' deux juges " de paix ' signifient deux juges de paix ou plus, agissant de " concert.

" Lorsqu'il est ordonné qu'une chose doit se faire par ou devant " un juge de paix, magistrat, fonctionnaire ou officier public, l'on " doit entendre celui dont les pouvoirs ou la juridiction s'étendent " au lieu où cette chose doit être faite.

" L'autorisation de faire une chose comporte tous les pouvoirs " nécessaires à cette fin.

" 17° Le droit de nomination à un emploi ou office, comporte " celui de destitution *(b)*.

(*a*) A ce propos, l'article 5497 S. R. P. Q., déclare que les personnes communément appelées Quakres, qui résident dans la province, ne sont pas tenues de prêter serment, mais au lieu de ce serment, elles font une affirmation solennelle, en la même forme et dans les mêmes termes dans lesquels il est ordonné qu'un serment soit administré, en biffant le mot "jure" et en y substituant les mots "déclare et affirme solennellement, sincèrement et véritablement."

L'article 5498 ajoute qu'une personne qui n'est pas publiquement réputée appartenir à la secte des Quakres pendant quelques années, ne peut, avant qu'une affirmation lui soit déférée devant un tribunal, ou devant un juge de paix, ou quelque autre personne habile à la déférer, faire une affirmation en la manière voulue par la loi, à moins qu'il ne paraisse, par un certificat de l'assemblée trimestrielle des Quakres, à l'endroit où cette personne réside, signé par six ou plus des notables de l'assemblée, que telle personne a été reconnue pour un Quakre durant l'espace de douze mois, ou plus, avant de faire cette affirmation.

(*b*) Dans la cause de *The Corporation of the County of Pontiac* v. *The Pontiac Pacific Junction Railway Co.* (11 L. N., p. 370), le juge Würtele a décidé que le pouvoir de nommer un préfet de comté comporte celui d'accepter la démission de ce préfet et de lui nommer un successeur.

Dans la cause de *Cloyes* v. *Darling* (16 R. L., p. 649), le juge Mathieu, argumentant des termes de l'article 373*a* C. C., a jugé que la cour qui nomme les liquidateurs d'une banque en liquidation, peut les revoquer et les remplacer de l'avis des parties intéressées.

" 18° Les devoirs imposés et les pouvoirs conférés à un officier " ou fonctionnaire public, sous son nom officiel, passent à son " successeur et s'étendent à son député, en autant qu'ils sont " compatibles avec la charge de ce dernier.

" 19° Lorsqu'un acte doit être exécuté par plus de deux " personnes, il peut l'être valablement par la majorité de ces " personnes, sauf les cas particuliers d'exception.

" 20° La livre sterling équivaut à la somme de quatre piastres " et quatre-vingt-six centins et deux tiers, ou un louis quatre " chelins et quatre deniers argent courant. Le 'souverain' vaut " la même somme.

" 21° Les mots 'habitant du Bas-Canada' où 'habitant de la " province de Québec', signifient toute personne qui a son domi- " cile dans la province de Québec.

" 22° Les termes 'actes de l'état civil' signifient les entrées " faites sur les régistres tenus d'après la loi, aux fins de constater " les naissances, mariages et sépultures.

" Les 'régistres de l'état civil' sont les livres ainsi tenus et " dans lesquels sont entrés ces actes.

" Les 'fonctionnaires de l'état civil' sont ceux chargés de tenir " ces registres.

" 23° 'La faillite' est l'état d'un commerçant qui a cessé ses " paiements *(a)*.

(*a*) Je trouve dans les rapports quelques décisions qui peuvent élucider cette règle. Dans la cause de *Corcoran v. The Montreal Abattoir Co.* (6 L. N., p. 135), le juge Taschereau ne s'est pas occupé d'un surplus nominal que la compagnie défenderesse avait montré dans un état qu'elle avait soumis à ses créanciers. Cela me paraît plus comforme au texte que je commente que la décision du juge Torrance dans la cause de *Mantha v. Simard* (6 L. N., p. 194), où il fut jugé qu'il fallait prouver, outre la cessation des paiements (le demandeur poursuivait en vertu des termes de l'article 1092 C. C. avant l'échéance du billet qui formait la base de sa créance, alléguant l'insolvabilité du débiteur), l'insuffisance de l'actif du défendeur à rencontrer ses dettes. C'est exiger plus que le législateur n'exige lui-même. Le juge en chef de la cour supérieure, sir Francis Johnson, a énoncé la règle plus correctement, à mon avis, en décidant dans la cause de *The Ontario Bank v. Foster* (6 L.N., p.398), qu'une société commerciale qui a cessé de rencontrer ses paiements ordinaires est en faillite. Ce qui explique peut-être la divergence d'opinion des savants juges, c'est que le juge Torrance exigeait la preuve de la *déconfiture*, tandis que le juge Johnson se contentait de la *faillite* du débiteur. Tous deux interprétaient l'article 1092, or cet article dit "*insolvable* ou en *faillite*". La décision du juge Johnson me paraît donc plus conforme à la loi. Mais l'inhabilité de payer une dette particulière n'est pas, pour un commerçant, l'état de faillite, il faut que le débiteur ait cessé ses paiements en général. Telle est la portée d'une décision de la

" 24° Le 'cas fortuit' est un événement imprévu causé par " une force majeure à laquelle il était impossible de résister" *(a)*.

Voilà les règles d'interprétation données par notre code. Nous verrons plus loin d'autres règles, qui servent à interpréter les lois; j'ai cru mieux de les classifier sous un autre titre.]]

III. De l'abrogation des lois (*b*).—Le pouvoir qui fait la loi, quand il la juge utile, peut la détruire lorsqu'il en a reconnu l'inutilité ou les dangers. Cette destruction de la loi s'appelle *abrogation.*

L'abrogation est *expresse* ou *tacite:* expresse, lorsqu'en faisant une loi nouvelle le législateur déclare, en termes formels, qu'il abroge la loi antérieure; tacite, lorsque la loi nouvelle, sans s'expliquer sur la loi antérieure, la contredit par ses dispositions. Mais, bien entendu, l'ancienne loi n'est abrogée que dans celles de ses dispositions que la loi nouvelle contrarie.

[[Nous trouvons, dans les Statuts refondus de la province de Québec, quelques dispositions spéciales concernant l'abrogation des lois. L'article 7 de ces statuts refondus dit qu'un statut peut être amendé, modifié ou abrogé par un autre statut passé en la même session. Aux termes de l'article 8, lorsque quelques-unes des dispositions d'un statut sont abrogées et que d'autres leur sont substituées, les dispositions abrogées demeurent en vigueur jusqu'à ce que les dispositions substituées viennent en vigueur suivant le statut d'abrogation *(c)*. L'article 9 dit que lorsqu'un statut, qui en abroge un autre, est lui-même abrogé, le premier statut abrogé ne reprend vigueur que si la législature en a exprimé l'intention. L'article 10 ajoute, ce qui est d'ailleurs élémentaire, que tout statut est censé réserver à la législature, chaque fois que le bien public l'exige, le pouvoir de l'abroger, et également de révoquer,

---

cour de revision à Québec, dans une cause de *Sirois v. Beaulieu* (13 Q. L. R., p. 293). La même cour a décidé, d'après ces principes, dans la cause de *Duhaime v. Pratte* (16 Q. L. R., p. 258), que l'absent, aux biens duquel un gardien a été nommé, en vertu de l'article 780 du code de procédure civile, est en faillite.

(*a*) Il sera question du cas fortuit et de la jurisprudence qui s'y applique au titre des *Obligations*.

(*b*) Pour suivre autant que possible l'ordre des matières adopté par Mourlon, je parlerai ici de l'abrogation des lois, quoique ce sujet se fût mieux placé après les articles où il est question de l'adoption, la promulgation et la sanction des lois.

(*c*) Pour un cas assez curieux de l'application de cette règle, voir la cause de *Marcil et al. v. La cité de Montéral et al*, R. J. Q., 3 S. C., p. 346.

restreindre ou modifier tout pouvoir, privilège et avantage dont il a revêtu une personne. Enfin, l'article 11 dit qu'à moins que le statut qui l'abroge n'y pourvoit autrement, les actes, procédés ou opérations, faits ou commencés, et les droits acquis, en vertu de quelque disposition d'un statut qui est ensuite abrogé, peuvent être continués, complétés et exercés en vertu de cette même disposition, nonobstant l'abrogation, en suivant toutefois, en tant qu'elles sont applicables, les procédures décrétées par nouvelle loi *(a)*.]]

Remarquons : 1° qu'une loi n'est pas abrogée par cela seul que les motifs qui l'ont fait édicter ont cessé d'exister : car, tirant sa force de la sanction du législateur, elle est par là même indépendante des faits qui l'ont motivée.

2° Qu'un long usage en opposition avec une loi régulièrement promulguée n'y porte aucune atteinte.—Quelques personnes sont d'un avis contraire. Elles soutiennent que, lorsqu'un usage est public, uniforme, général et réitéré pendant un long espace de temps, il devient l'expression tacite de la volonté de tous et acquiert force de loi ; or, si l'usage peut faire la loi, il peut également la détruire (1).

Cette conséquence serait assurément fort logique, si le principe d'où on la déduit était fondé ; mais il ne l'est pas ! Nos Constitutions ont organisé le pouvoir législatif, elles l'ont soumis à des règles qu'il est tenu d'observer ; mais elles n'ont pas, que je sache, constitué, à côté de ce pouvoir régulier, un pouvoir rival et affranchi de toutes règles. Un tel antagonisme eût été l'anarchie. Si on l'eût accepté, on eût au moins établi quelques règles ; on eût dit à quels signes, à quels caractères on peut reconnaître si l'usage doit ou non être respecté comme loi, quelle durée, quelle publicité il faut qu'il ait à cet effet, le mode à suivre pour le constater et pour déterminer le moment précis à partir duquel il devient obligatoire, etc. ; or, ces règles n'existent point ! Qu'en conclure, si ce n'est que ce prétendu pouvoir n'existe pas lui-

---

(1) Toull., t. I, n° 159 ; Dur., t. I, n° 107.—*Inveterata consuetudo*, disait le jurisconsulte Julien, *pro lege non immeritò custoditur.... Nâm, cùm ipsæ leges nullâ aliâ ex causâ nos teneant quàm quod judicio populi receptæ sunt : meritô et ea, quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nâm quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis ? Quare rectissimè etiam illud receptum est, ut leges non solùm suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur* (L. 32, § 1, D., *De legibus*).

(*a*) Cette disposition confirme ce que j'ai dit ci-dessus, p. 66 et suiv.

même ? Il est, en effet, bien évident qu'on n'a pas pu abandonner à l'appréciation des juges la question de savoir si tel usage a ou non les caractères suffisants pour faire loi ; c'eût été, en fait, les transformer en législateurs, et nous rejeter dans le régime de l'arbitraire !

Ainsi la loi, tant qu'elle n'a pas été abrogée par le pouvoir législatif régulièrement constitué, doit être obéie (1).

[[Cette opinion est trop absolue pour que je puisse l'adopter. Je crois qu'en principe une loi peut être abrogée par désuétude, bien qu'en pratique les cas de désuétude puissent être rares. Dans notre ancien droit on n'a jamais douté de cette abrogation tacite d'une loi. Le grand chancellier d'Aguesseau disait en effet : " toutes les lois sont sujettes à tomber en désuétude " *(a)*.

" Lorsque le souverain porte une loi ", dit Guyot *(b)*, " son " intention est bien qu'elle soit exécutée à perpétuité ; mais " comme les lois sont pour les hommes et non les hommes pour " les lois, quand cette loi ne peut plus s'accorder avec les mœurs " actuelles, il faut nécessairement qu'elle tombe en désuétude. " Elle y tombe pareillement lorsque le motif sur lequel elle a été " fondée ne subsiste plus. "

Cochin *(c)* dit que " quand les lois sont demeurées sans exécu- " tion et qu'un usage contraire a prévalu, on ne peut plus invoquer " leur sagesse, ni leur puissance ; on peut bien les renouveler " pour l'avenir et arrêter le cours des contraventions par une " attention exacte et les faire exécuter ; mais tout ce qui a été " fait auparavant subsiste et demeure inébranlable, comme s'il " était muni du sceau même de la loi. " Merlin *(d)* se contente " de reproduire l'article de Guyot sur cette question. Toullier *(e)*, parmi les modernes, dit : " l'usage ou la coutume a aussi beau- " coup de force, soit pour interprêter la loi, soit pour ajouter à ses " dispositions, soit pour les corriger ou les abroger " *(f)*.

Enfin nos codificateurs admettent formellement la doctrine de

---

(1) Blondeau, *Chrestom.;* Marc., sur l'article 1er ; MM. Demol., t. I, nos 35 et 130 ; Aubry et Rau, t. I, § 29.

(*a*) Cité par Toullier, t. 1er, n° 158.

(*b*) V° *Désuétude.*

(*c*) T. 3e, p. 707.

(*d*) Répertoire, v° *Désuétude.*

(*e*) T. 1er, n° 158.

(*f*) Voir aussi, dans le même sens, Dupin, *Notions sur le Droit*, p. 406 ; Solon, *Nullités*, p. 267.

la désuétude. Ils écartent bien souvent des dispositions de l'ancien droit français pour la raison que ces dispositions sont tombées en désuétude. Voir notamment leur deuxième *Rapport*, pp. 140, *in fine* et 178, *in princ.*

Il est vrai, comme on le verra aux autorités citées par Mourlon, que des auteurs de grande autorité ont exprimé un avis contraire. Mais ce sont des auteurs modernes qui s'appuient sur le nouvel ordre de choses en France pour dire qu'il n'y saurait plus y avoir lieu à désuétude, vu que le pouvoir législatif ne peut y être exercé que suivant les conditions déterminées par la loi constitutionnelle *(a)*. Demolombe *(b)* qui exprime cette opinion a le soin d'expliquer qu'il ne parle que d'un pays comme le sien où cette condition existe. Marcadé dit que " tant que l'usage et la coutume " purent faire les lois, ils purent les défaire. C'est ce qui avait " lieu à Rome et dans notre ancien droit " *(c)*.

Enfin M. Baudry-Lacantinerie *(d)* est d'avis que " dans une " législation qui admet pour principe que *consuetudo pro lege* " *custoditur*, il est tout simple que l'usage puisse modifier la loi " ou l'abroger ".

Nous trouvons, dans notre jurisprudence, un arrêt de la cour d'appel, dans la cause de *Desforges & Dufaux et al.* *(e)*, où ce tribunal a formellement décidé que, dans le Bas-Canada, une loi peut être abrogée par désuétude. Il s'agissait des dispositions de l'ordonnance de 1498 et de l'ordonnance de Blois, 1579, qui exigeaient la présence d'un second notaire, pour donner le caractère d'acte authentique aux actes notariés *(f)*.

Il y a un autre arrêt, celui de *Lord v. Laurin et al.* (15 L. C. R., p. 452), où le juge T. J. J. Loranger a admis la doctrine de la désuétude quand une loi ne rencontre plus les besoins de la société.

(*a*) Cette raison me portera à faire plus loin une distinction entre certaines de nos lois qui peuvent abrogées par désuétude et d'autres qui ne peuvent pas.

(*b*) T. 1er, n° 130.

(*c*) T. 1er, p. 32.

(*d*) T. 1er, n° 43.

(*e*) 13 L. C. R., p. 179.

(*f*) Il est vrai que ce jugement n'a été rendu que par la majorité de la cour, les juges Aylwin & Mondelet n'y concourant pas, mais le juge Aylwin ne s'est pas prononcé sur la question de la désuétude. On ne pourra mieux faire que de lire la savante discussion du juge Meredith qui faisait partie de la majorité.

Je crois donc qu'en principe la désuétude existe dans notre droit. Je dois ajouter, cependant, que l'abrogation des lois par désuétude me paraît devoir se restreindre aux lois de l'ancien régime et à certaines coutumes. Je l'admettrais donc en ce qui concerne notre ancien droit coutumier, les ordonnances et édits français antérieurs à la cession du pays et les règlements faits autrefois par les autorités de la Nouvelle-France, et, pour parité de raisons, pour certaines branches du droit, par exemple, le droit paroissial, où l'usage fait loi. Quant à notre droit statutaire moderne, sans aller jusqu'à nier que les dispositions d'une loi émanant d'un de nos parlements ou d'une de nos législatures puissent se trouver affaiblies, quel que soit l'usage contraire, quelle que puisse être la tolérance du législateur, je crois que comme la loi elle-même émane d'une législature qui se réunit tous les ans, on ne pourra jamais présumer le consentement tacite de cette législature, qui est la base de la doctrine de la désuétude. Le fait que le législateur n'a pas expressément abrogé la loi est même une présomption qu'il entendait la maintenir *(a)*.

Mais quel usage peut ainsi abroger la loi? Je ne peux mieux répondre à cette question qu'en citant Toullier *(b)*. " Pour établir " un usage," dit-il, " cinq choses sont nécessaires : il faut qu'il soit " uniforme, public, multiplié, observé par la généralité des habi- " tants, réitéré pendant un long espace de temps. C'est alors " seulement que les usages forment un droit non écrit. C'est aux " juges de décider, par le nombre et la qualité des actes, si l'usage " est établi, si la coutume est acquise, si elle est prouvée, s'il s'est

(*a*) On peut citer en faveur de cette distinction plusieurs raisons. D'abord, le droit anglais ne reconnaît pas à la désuétude l'effet d'abroger une loi, elle ne peut qu'en affaiblir les dispositions. Or notre droit statutaire subit l'influence du droit public anglais. D'ailleurs, comme je l'ai dit dans le texte, avec des législatures siégeant annuellement, on ne pourra pas présumer ce consentement tacite du législateur à l'usage contraire à la loi, qui est le fondement de la doctrine de la désuétude. Du reste, le souverain chez nous ne fait pas la loi, il n'est qu'une des branches de la législature, Or, le consentement du souverain étant admis, il resterait encore à prouver le consentement de la législature. Maxwell (édition d'Endlich), *On the interpretation of Statutes*, § 494, cite un grand nombre de lois pénales en Angleterre, qui étaient en vigueur encore tout dernièrement et qu'on a été obligé d'abroger expressément. On comprend que le cas est différent quand il s'agit de l'ancien droit, car alors la coutume faisait loi, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui dans le domaine du droit statutaire. De plus, dans la plupart des cas, la désuétude à commencé et a pu même abroger la loi longtemps avant la cession du pays à l'Angleterre.

(*b*) T. Ier, n° 159.

" écoulé un temps assez long pour que le public et le législateur " en aient connaissance."

Dans la cause de *Desforges & Dufaux et al.*, on avait prouvé que dès l'époque même des ordonnances, le second notaire n'assistait pas à l'acte, mais le signait après coup, que cet usage était constaté par les anciens auteurs, que le gouvernement français avait revêtu de son approbation les statuts des notaires de Paris, homologués au parlement, qui obligeaient le notaire en second de signer l'acte quand il en serait requis par son confrère. Dans ces circonstances, la cour d'appel jugea que les dispositions de ces ordonnances qui exigeaient la présence d'un second notaire étaient tombées en désuétude *(a)*.

IV. De l'effet des lois. — Il ne s'agit ici que de quelques effets des lois, notamment de ceux dont parlent les articles 13, 14, 15 et 16 du code civil. L'impossibilité de placer ces articles ailleurs est cause que j'ajoute ce sous-titre à ceux que donne Mourlon. Parlons d'abord de la prohibition de déroger aux lois d'ordre public]].

Les particuliers peuvent, soit dans leurs conventions, soit dans leurs testaments, déroger aux lois *de pur droit privé*, c'est-à-dire à celles qui n'ont pour objet que l'intérêt personnel et relatif des individus.

Il n'en est pas de même de celles qui intéressent l'*ordre public* et les *bonnes mœurs :* aucune dérogation n'y peut être apportée *(b)*. Mais qu'est-ce que l'ordre public ? A quels signes distinguer les bonnes des mauvaises mœurs ? Ces choses se sentent plus qu'on ne les définit. Aussi la loi s'est-elle abstenue de donner des règles à ce sujet : elle s'en rapporte à la sagesse des tribunaux. Toutefois, comme la distinction entre le droit privé et le droit public, entre les bonnes et les mauvaises mœurs, est quelquefois difficile à faire, elle s'est crue obligée de s'expliquer dans certains cas (voy. les art. 183, 658, 689, 1051, 1259, 1338 et 1548).

Les conventions faites en violation de notre règle ne subissent pas toutes le même sort ; la loi pose à cet égard une distinction qu'il importe dès à présent de connaître. La [[condition con-

---

(*a*) Le code civil a tranché la question dont il s'agissait dans l'espèce en déclarant que la présence de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins ne serait requise que pour les testaments.

(*b*) C'est la disposition de notre article 13 qui dit qu'" on ne peut " déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent " l'ordre public ou les bonnes mœurs. "

traire]] à l'ordre public et aux bonnes mœurs est-elle [[stipulée dans un contrat]] à titre onéreux, [[comme]] une vente ou une échange [[ou est-elle consignée dans un contrat entre vifs]], *tout est nul*, la *condition* et la [[*disposition*]] qui en dépend (art. 760 et 1080). [[Au contraire quand cette disposition figure dans un testament, elle]] est réputée *non écrite ;* on l'annule, mais on laisse subsister la convention (art. 760) *(a).*

[[Il n'est pas douteux que la convention par laquelle on prétend déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs est nulle de nullité radicale. La nullité, il est vrai, n'est pas formellement écrite dans la loi, mais elle résulte de la formule prohibitive, " on ne peut ", qu'emploie le législateur. " Ces mots " désignent un acte juridiquement impossible," dit M. Baudry-Lacantinerie *(b)*, " et qui par suite ne sera pas valable s'il est " accompli malgré la prohibition de la loi. Dumoulin exprime " cette pensée dans la formule suivante : *Particula negativa* " *præposita verbo potest tollit potentiam juris et facti designans* " *actum impossibilem.*"

Cette question de nullité est l'une des plus importantes et l'une des plus difficiles du droit. L'article 14 pose un principe général en déclarant que " les lois prohibitives comportent nullité, " quoiqu'elle n'y soit pas prononcée." Sans prétendre développer la théorie des nullités, j'en dirai ce qu'il faut pour l'intelligence de l'article que je vient de citer.

Cet article ne se trouve pas au code Napoléon; il se lisait, cependant, au livre préliminaire qui a été retranché de ce code. Merlin enseigne formellement le principe qu'il énonce, mais il ne paraît pas avoir été suivi par les autres auteurs, à l'exception peut-être de Laurent *(c).* Ce n'est pas à dire, cependant, que ces

---

(*a*) La raison de cette différence est facile à saisir. Dans les contrats et les donations entre vifs, la condition contraire à l'ordre public ou immorale est le fait des deux parties qui y ont librement consenti. Dans les testaments, au contraire, cette condition ne procède que du testateur et il serait injuste de faire souffrir le légataire de ce caprice malhonnête du testateur. Son acceptation a lieu à une époque où il est impossible de changer l'acte, tandis que les observations du donataire peuvent amener la modification de la donation. Pour cette raison, l'article 760 déclare que la condition contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public n'est censée non écrite que dans les testaments ; dans la donation entre vifs, elle annule la disposition elle-même comme dans les autres contrats.

(*b*) T. Ier, n° 96.

(*c*) *Principes de droit civil*, t. Ier, n° 59.

auteurs n'admettent pas que la nullité ne soit en général la conséquence de la désobéissance à une loi prohibitive, mais ils ne veulent pas que ce principe soit érigé en maxime. Dans notre code, au contraire, cette maxime reçoit la sanction du législateur.

Avant d'aller plus loin, il faut expliquer qu'il y a deux espèces de nullités : les *nullités absolues* et les *nullités relatives.*

Les nullités absolues, dit Solon *(a)*, " sont celles que la loi a " prononcées en faveur de tous ceux qui peuvent avoir intérêt à " s'en prévaloir ; de pareilles nullités réduisent l'acte à un pur " fait, elles sont si graves qu'elles dégagent les parties contrac- " tantes de leurs promesses respectives ".

" *Les nullités relatives* " continue cet auteur, " sont celles qui " résultent de la contravention à une loi dont les dispositions " n'intéressent que certaines personnes." Plus loin (n° 10), Solon ajoute que la nullité relative est moins une nullité qu'une faculté que le législateur accorde à une ou à plusieurs personnes de faire annuler un acte ou une procédure inattaquable pour tout autre. C'est pour cette raison qu'on appelle les actes entachés de cette nullité des actes *annulables* et non des actes *nuls.*

Donc, un acte est-il radicalement ou absolument nul, toute personne intéressée peut l'attaquer. On ne peut ratifier cet acte, car on ne ratifie pas ce qui, ayant toujours été nul, n'offre pas les conditions juridiques de la validation. La ratification ne peut donner à l'obligation nulle une vie qu'elle n'avait pas et ne peut recevoir ; elle ne peut constituer qu'une obligation nouvelle, si telle est sa portée. Au contraire, si la nullité est relative, il n'y a que ceux en faveur de qui cette nullité est décrétée qui peuvent s'en prévaloir et ces personnes peuvent renoncer à leur action et ratifier l'acte. Ainsi, un acte fait par un mineur sans l'assistance de son tuteur est nul de nullité relative, le mineur seul peut opposer cette nullité, la personne avec qui le mineur a contracté ne saurait le faire.

Ce n'est pas toujours facile de dire si tel acte frappé de nullité, est absolument ou seulement relativement nul. Règle générale, en matière d'ordre public ou d'affaires qui intéressent les bonnes mœurs, la nullité est radicale. Solon pose quelques règles à ce sujet. 1° Dans le doute si la nullité est d'ordre public ou de droit privé, on doit décider que la nullité n'a été portée que dans un intérêt privé. 2° Toute disposition qui prononce sans restriction la nullité d'un acte, produit une nullité absolue qui peut

(*a*) *Théorie sur la Nullité*, t. 1er, n° 9.

être proposée par tous les intéressés. 3° Dans le doute si une nullité doit produire son effet de plein droit, ou si elle dépend de l'examen du fait, on doit se décider dans ce dernier sens (nos 22-24) *(a)*.

On a inventé en France le terme d'*acte inexistant* pour exprimer ce que nous entendons par la *nullité absolue* ou *radicale*. De tels actes ne renferment pas les conditions essentielles pour *l'existence* d'un acte. Le contrat simulé peut être rangé parmi les actes *inexistants*. Ainsi A. prétend vendre à B. mais malgré cette vente, il reste toujours en possession de la chose qu'il déclare vendre et en tire tout le bénéfice. B. dit dans l'acte qu'il a payé telle somme, mais il n'a rien payé. Voilà un acte simulé, c'est la couleur et non la substance de la vente. C'est un acte qui n'existe pas. Il n'est donc pas nécessaire de demander qu'il soit déclaré nul, car pour être annulable, il faut qu'un acte existe ; or ici, l'on est en face du néant *(b)*.

Maintenant, qu'entend-on par une loi prohibitive ? " Il n'est " pas nécessaire " répond Laurent *(c)* que le législateur se serve " des mots défendre, prohiber, interdire ; le plus souvent il se " borne à dire que cette personne *ne peut pas* faire tel acte, ou " que telle chose *ne peut se faire*. Cela suffit pour marquer sa " volonté d'annuler ce qui se ferait contrairement à ses dispositions."

Les actes faits en contravention d'une loi prohibitive sont-ils nuls de nullité absolue ou de nullité seulement relative ?

(*a*) Quelque absolue qu'elle soit, je crois que la nullité doit être toujours constatée par un jugement.

(*b*) En France, quand un auteur moderne parle d'un acte *nul*, il entend généralement ce que nous exprimons par les mots : *acte annulable, nullité relative* (M. Baudry-Lacantinerie. t. II, nos 1148-1150). Ainsi on enseigne qu'un acte *nul* peut être ratifié, tandis que l'acte *inexistant* ne peut pas l'être. On dit également que la nullité est *absolue* lorsqu'elle peut être proposée par tout intéressé, *relative* lorsque l'action en nullité ne compète qu'à certaines personnes. En ce sens on enseigne que lorsque la loi déclare un acte nul, sans restriction, la nullité peut être opposée par tout intéressé (Aubry & Rau, t. Ier, § 37). Ici il est préférable de s'en tenir aux termes consacrés par notre jurisprudence et de suivre l'exemple du législateur lui-même qui, dans l'article 1214, parle de la ratification d'une *obligation annulable*. En France, quelques auteurs disent, en ce cas, *obligation nulle*. Nous reviendrons sur ces questions.

(*c*) T. Ier, n° 61.

Je crois qu'il faut distinguer. La prohibition a-t-elle pour motif une considération tirée de l'ordre public ou qui intéresse les bonnes mœurs, la nullité sera absolue, radicale. Au contraire, s'il ne s'agit que de l'intérêt purement privé et individuel, la nullité sera relative et ne pourra être invoquée que par la personne en faveur de qui la loi prohibitive a été portée. Cette solution s'impose à la lecture de l'article 13 que je viens de citer. On ne peut déroger par des conventions particulières, dit cet article, aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs. Donc on peut déroger aux autres lois, mêmes aux lois prohibitives, et cette dérogation sera valable si elle se fait du consentement valablement donné de ceux en faveur desquels le législateur a porté ces lois, consentement qui peut être tacite quand on s'abstient de se plaindre de la violation de la loi. Je rendrai ce principe plus clair par quelques exemples, et pour cela je prendrai deux articles du code civil qui se suivent, les articles 1484 et 1485, qui tous deux contiennent des dispositions prohibitives.

L'article 1484 dit : " Ne peuvent se rendre acquéreurs, ni par eux-mêmes ni par parties interposées, les personnes suivantes, savoir :

" Les tuteurs et curateurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ou la curatelle, excepté dans les cas de vente par autorité judiciaire ;

" Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ;

" Les administrateurs ou syndics, des biens qui leur sont confiés, soit que ces biens appartiennent à des corps publics ou à des particuliers ;

" Les officiers publics, des biens nationaux dont la vente se fait par leur ministère."

Il est évident, sauf la prohibition qui concerne l'État, ce qui aurait pu être regardé comme une matière d'ordre public, que la prohibition est édictée ici en faveur des mineurs, des interdits, des mandants et des administrés. Donc la nullité est relative et l'article n'avait pas besoin d'ajouter, ainsi qu'il l'a fait, que la nullité dont il est question ne pouvait être invoquée par l'acheteur. La prohibition ne visant que l'intérêt privé, crée une nullité dont le propriétaire peut se prévaloir s'il le juge bon. Donc, indépendamment de la disposition expresse de l'article 1484, cette nullité est relative et la vente demeurera valable si le propriétaire des biens vendus ne l'attaque pas.

Prenons maintenant l'article 1485 : " Les juges, dit-il, les avocats " et procureurs, les greffiers, shérifs, huissiers et autres officiers

" attachés aux tribunaux ne peuvent devenir acquéreurs des droits " litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort " duquel ils exercent leurs fonctions." Voilà une prohibition bien caractérisée. Recherchons les motifs du législateur et nous verrons que ce sont des motifs d'ordre public. Préserver la source même de la justice de tout calcul sordide, empêcher l'extorsion, l'abus des fonctions qu'on exerce, voilà le but du législateur. Ces raisons sont d'ordre public, donc la nullité sera absolue. Telle du reste est la doctrine de la grande majorité des auteurs.

Les articles 13 et 14 sont d'une application journalière par les tribunaux. Cependant on ne trouve pas d'arrêt qui ait entrepris de les interprêter, ce qui d'ailleurs serait superflu, car ce sont des axiomes de notre droit sur le sens desquels il est impossible de se méprendre. Là ou le dissentiment peut se produire, c'est sur la question subsidiaire de savoir si telle ou telle prohibition est d'ordre publique. Je vais indiquer plutôt que citer quelques arrêts que l'on trouve aux recueils et aux codes annotés, car ils ne me paraissent pas élucider le principe que je commente.

Ainsi dans deux causes, *Marois v. Deslauriers* (7 L. N., p. 278) et *Brodeur v. Rogers* (30 L. C. J., p. 2), on a décidé que le privilège énoncé à l'article 556 du code de procédure civile—qui permet au débiteur de distraire à la saisie certains meubles,—est d'ordre public ; que partant la convention par laquelle le débiteur renoncerait à ce privilège est nulle. Le contraire a été jugé dans la cause de *Robitaille v. Bolduc* (4 Q. L. R., p. 179) (*a*).

Il y a un autre arrêt, celui de *La cité de Montréal v. Bronsdon* (M. L. R., 3 S. C., p. 146), par lequel le juge Jetté a décidé qu'on ne peut par une clause d'insaisissabilité soustraire des biens aux charges et contributions imposées dans l'intérêt public.

L'article 15 s'occupe des lois impératives et facultatives. Il dit que " la disposition qui prescrit qu'une chose se fera ou sera " faite est obligatoire. Celle qui énonce qu'une chose peut se " faire ou être faite est facultative seulement."

Ces définitions sont claires. On enseigne que les lois impératives emportent généralement nullité de tout ce qui se fait en contravention de leurs dispositions, car, par là même

---

(*a*) Il faut observer que cette question a divisé Carré et son continuateur et annotateur Chauveau ; le premier considérait la prohibition comme étant d'ordre public, le second était d'un avis contraire. Carré et Chauveau, *quest.* 2032.

qu'une loi prescrit de faire une chose, elle défend de faire le contraire de cette chose et par conséquent elle renferme une prohibition (*a*).

Les lois qui se servent de termes facultatives donnent lieu quelquefois à de sérieuses difficultés d'interprétation. En général, quand la loi dit qu'une autorité judiciaire ou administrative *peut* faire telle chose, la personne investie de cette autorité est obligée de faire cet acte quand elle en est requise, à moins qu'il n'apparaisse que le législateur a voulu tout laisser à sa discrétion. Il en est autrement des individus ; quand la législature leur accorde une faculté, elle n'entend pas leur imposer une obligation. Lorsque l'individu en question est revêtu d'une charge publique tout se décidera suivant les termes de la loi. On peut dire, en thèse générale, que si le législateur confère un pouvoir à une personne qui exerce un office public, il entend que, sauf le cas d'un pouvoir déclaré discrétionnaire, cette personne exercera ce pouvoir, comme elle exerce les autres pouvoirs de sa charge, sur réquisition des intéressés. Pour trouver des éclaircissement sur cette question, le lecteur ne pourra mieux faire que de consulter le rapport de la cause *Lapierre & Rodier* (R. J. Q., 1 B. R., p. 515), où la cour d'appel a jugé qu'une disposition législative — qui autorise un exécuteur testamentaire à payer aux légataires un montant plus élevé que celui que ne leur laissait le testateur,—n'impose pas à cet exécuteur l'obligation d'accorder ce montant supplémentaire, mais que ce dernier peut s'y refuser sans qu'il soit tenu de justifier son refus. Ce qui cause la difficulté, ce n'est pas qu'une loi réellement *facultative* puisse jamais devenir *impérative*, il y aurait là contradiction dans les termes, mais que bien souvent les lois impératives se servent d'expressions qui paraissent facultatives.

L'article 16 se rapporte au recouvrement des pénalités.

16 —"Le recouvrement des pénalités, confiscations ou amendes
" encourues pour contraventions aux lois, s'il n'y est autrement
" pourvu, se fait par action ordinaire portée au nom de Sa Majes-
" té seulement ou conjointement avec un autre poursuivant, devant
" tout tribunal ayant juridiction civile au montant réclamé, excep-
" té la cour des commissaires pour la décision sommaire des petites
" causes, à laquelle la connaissance de ces poursuites est inter-
" dite."

Dans la cause de *Drouin & Gosselin* (19 R. L., p. 340), la

(*a*) Laurent, t. Ier, pp. 102-3.

cour d'appel a jugé que lorsqu'un statut imposant une pénalité n'en affecte pas le montant d'une manière spéciale et ne fait aucune disposition relativement à la manière de la recouvrer, elle doit être recouvrée de la même manière que toute dette ordinaire à la poursuite de la couronne seule, ou de toute partie privée poursuivant tant au nom de la couronne qu'en son propre nom, conformément à la section 7 du chapitre 7, du 31 Victoria, maintenant l'article 31 S. R. P. Q.), et de l'article 16 du code civil, et qu'un individu ne peut en poursuivre le recouvrement en son nom personnel.]]

LIVRE PREMIER

DES PERSONNES

L'homme est l'objet de plusieurs sciences. La médecine le considère physiquement au point de vue des maladies dont il peut être atteint. La science du droit s'occupe de lui sous un autre rapport : elle le considère au point de vue des qualités qu'il peut avoir, et qui deviennent pour lui la source de ses devoirs et de ses droits. C'est alors qu'on l'appelle une *personne* (1).

La loi crée, dans certains cas, des *personnes fictives* ou *civiles*. C'est ainsi, par exemple, que l'État, les communes, les départements...., forment des êtres abstraits ou juridiques, qui, de même que les personnes proprement dites, peuvent être propriétaires, ont des devoirs à remplir, des droits à exercer. On les appelle personnes *morales* ou *civiles*, par opposition aux personnes *naturelles* ou *physiques*.

La *personne* est donc tout être susceptible d'avoir des droits et des devoirs ; en d'autres termes, tout sujet capable de s'obliger envers les autres et d'obliger les autres envers lui. M. Demante la définit : *l'homme envisagé sous le rapport du droit*.

Les personnes se divisent en plusieurs classes, dont les princi-

---

(1) L'étymologie du mot *persona* est bien connue. Il signifiait autrefois *le masque* dont se couvraient la tête les acteurs qui jouaient à Rome des pièces dramatiques. Ces pièces étaient jouées dans des amphithéâtres si vastes qu'il était impossible que la voix de l'homme se fît entendre de tous les spectateurs : on imagina alors d'envelopper la tête de chaque acteur d'un masque dont la figure représentait le *rôle* qu'il jouait, et qui était fait de manière que l'ouverture par où se faisait l'émission de la voix rendait les sons plus résonnants : *vox personabat*. De là le nom de *persona* donné au masque qui faisait le retentissement de la voix. Le même mot de *persona* fut ensuite appliqué au *rôle* même dont l'acteur était chargé, parce que la face du masque était adapté à l'âge, au caractère de celui qui était censé parler, et que quelquefois c'était son portrait même. La jurisprudence s'en servit à son tour pour nommer le *rôle* ou le *personnage* que chaque homme joue dans la société ; et comme le même homme y est appelé à jouer plusieurs rôles ou personnages, le même homme peut avoir plusieurs personnes, la personne d'homme libre, la personne de citoyen, la personne d'époux, de père de famille.... (Toull., t. I, n° 68 ; M. Ortolan, *Inst. de Justin.*, t. I, p. 554 de la 8e édition ; M. Demangeat, *Cours élemen. de droit romain*, t. I, p. 144 et 145 de la 3e édition.)

pales sont tirées de la nationalité ou de l'extranéité, de l'âge, du sexe, du mariage, de la paternité ou de la filiation, de certaines infirmités intellectuelles, des condamnations judiciaires prononcées contre elles, de leur absence de leur domicile ou de leur présence. Ainsi, les personnes sont : 1° [[sujettes britanniques]] ou étrangères ; 2° jouissant de leurs droits civils, ou privées de cette jouissance ; 3° majeures ou mineures ; 4° du sexe masculin ou du sexe féminin ; 5° mariées ou non mariées ; 6° ascendantes ou descendantes ; 7° parents légitimes ou parents naturels ; 8° interdites ou non interdites ; 9° absentes ou présentes.—Les droits et les devoirs des personnes varient suivant ces qualités.

TITRE PREMIER

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS

CHAPITRE PREMIER. — DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS

§ I.—*Division des droits.*

Les droits sont les facultés ou avantages que les lois accordent aux personnes. Ils sont *civils*, *politiques* ou *publics*.

Les droits *civils*, opposés aux droits *politiques* (et c'est bien sous ce rapport qu'on les envisage dans notre titre) (1), dérivent du droit *privé*. On les définit : les *facultés que les personnes sont appelées à exercer dans leurs rapports privés avec les autres personnes.* Tels sont, par exemple, le droit de propriété, de puissance paternelle, le droit d'acheter ou de vendre, le droit d'acquérir ou de transmettre par succession.

Les droits *politiques* dérivent du droit constitutionnel, qui règle les rapports du gouvernement et des gouvernés : ils consistent dans la faculté de participer à l'exercice de la puissance publique, et se résument tous dans l'aptitude légale à l'effet d'élire ou d'être élu [[ou d'être nommé]] aux fonctions de l'ordre législatif, judiciaire ou exécutif.

Certains droits existent qui, à proprement parler, ne sont ni *civils* ni *politiques* ; tels sont les droits de s'associer, de s'assembler paisiblement et sans armes, de pétitionner, de manifester sa pensée par la voie de la presse ou autrement, la liberté individuelle et enfin la liberté de conscience. Ces droits ne sont point des droits *civils*, car ils ne constituent point des rapports de particulier à particulier ; ce ne sont pas non plus de véritables droits *politiques*, puisqu'on les exerce sans prendre aucune part au gouvernement du pays. Quelques personnes les rangent dans une classe particulière sous la dénomination de *droits publics.*

---

(1) Voy. Fenet, t. VII, p. 138.

§ II. — *Quelles personnes ont la jouissance des droits publics, politiques ou civils.*

I. Droits publics. — Toute personne, sans distinction d'âge, de sexe ou de nationalité, en a la jouissance. Les mineurs, les femmes et les étrangers sont, sous ce rapport, placés sur la même ligne que les [[sujets britanniques]] mâles et majeurs.

II. Droits politiques. — [[Ce sont des droits qui n'appartiennent qu'aux citoyens du pays. Cependant tous les Canadiens n'en ont pas la jouissance pleine et entière. Pour posséder cette jouissance, il faut remplir, en cette province, certaines conditions d'âge et de sexe et de plus être propriétaire, locataire ou occupant d'immeubles d'une valeur déterminée ou recevoir un revenu ou salaire au montant fixé par la loi. Cette question est du domaine du droit constitutionnel, elle n'entre pas dans le cadre de nos études.]]

III. Droits civils. — La jouissance de ces droits est attachée, [[en théorie,]] à la qualité de *citoyen.* [[Il est encore vrai de dire que la plénitude de la jouissance des droits civils n'appartient qu'aux sujets britanniques *(a).* En pratique, cependant, depuis que notre droit civil s'est libéralisé, on peut ajouter que tout individu,]] qu'il soit majeur ou mineur, interdit ou non, du sexe féminin ou du sexe masculin, a la jouissance, [[il ne s'agit pas de la *plénitude* de cette jouissance]], des droits civils en général.

Mais tout [[homme]] qui a la *jouissance* des droits civils n'en a pas l'*exercice.*

La *jouissance*, c'est l'aptitude légale à l'acquisition des droits eux-mêmes : tous les [[hommes]] ont cette aptitude.

L'*exercice*, c'est la faculté de faire les actes, de remplir les formalités et conditions nécessaires pour la mise en œuvre de cette aptitude, c'est-à-dire pour acquérir les droits civils, les conserver, les faire valoir et en disposer. Les mineurs, les interdits, ne l'ont pas, du moins en général ; l'*exercice* des droits dont ils ont la *jouissance* est délégué à des mandataires qui les représentent. Ainsi, qu'une personne meure laissant un fils mineur ou interdit, cet enfant acquiert sans doute la succession qui s'ouvre à son profit ; mais les actes nécessaires pour la conserver et la faire

---

(*a*) En France, la jouissance des droits civils n'appartient qu'aux Français. Ici, au contraire, les étrangers jouissent de la plupart de nos droits civils, mais les citoyens seuls jouissent de la *plénitude* des droits civils.

valoir, l'acceptation, l'inventaire des biens, la poursuite des débiteurs, ce n'est pas lui qui les fait : son tuteur y procède pour lui.

— Certains droits ne comportent point cette distinction : je veux parler de ceux qu'*on ne peut exercer que par soi-même,* pour lesquels il n'y a point de délégation possible. Telles sont les facultés de se marier et de tester. On ne se marie point, en effet, on ne teste point, par procureur. Quant à ces droits, la privation de l'*exercice* équivaut à la privation de la *jouissance* elle-même : car le droit dont on ne peut bénéficier ni par soi-même, ni par un représentant, parce qu'il est essentiellement personnel, est un droit purement nominal et sans valeur.

— En résumé, la loi reconnaît, au point de vue du droit civil :

1° [[Ceux]] qui ont la *jouissance* et l'*exercice* de leurs droits (les capables) ;

2° Ceux qui en ont la *jouissance* sans en avoir l'*exercice* (les incapables).

[[Nous allons maintenant expliquer la doctrine de notre droit public quant à la jouissance des droits civils, tant en ce qui regarde les sujets britanniques, qu'en ce qui concerne les étrangers. Notre droit, sous ce rapport, diffère essentiellement du droit français.

CHAPITRE DEUXIÈME. — LA NATIONALITÉ.

§ I.—*Comment s'acquiert la qualité de sujet britannique.*

I. Différentes classes de sujets britanniques. — Cette question paraît assez étrangère à un code qui ne doit renfermer que nos lois civiles. Le commissaire Day était d'avis qu'on ne devait pas en parler. Toutefois ces dispositions se trouvant dans notre code, nous devrons nous en occuper. Il y a deux classes de sujets britanniques : les sujets par droit de naissance et les sujets par naturalisation. C'est la disposition de l'article 19 qui se lit comme suit :

19.—“ La qualité du sujet britannique s'acquiert soit par “ droit de naissance soit par l'effet de la loi ”.

Autrefois, et encore à l'époque de la codification, la doctrine du droit public sur la nationalité, en Angleterre comme au Canada, se résumait dans la maxime bien connue : *Once a British subjet, always one!* La qualité de sujet britannique était indélébile, ineffaçable. La naturalisation par un état étranger était nulle de

plein droit et le sujet britannique expatrié et ses enfants restaient toujours, quoi qu'ils fissent, sujets britanniques. Sans le consentement du souverain, personne ne pouvait abjurer la nationalité anglaise; on doutait même que ce consentement pût rendre légal un acte que le droit public de l'Angleterre réprouvait *(a)*

Ce principe, quoiqu'on eût cessé d'insister sur ses effets pratiques, n'en était pas moins en pleine vigueur, lorsque, en 1870, le parlement impérial adopta l'acte appelé : " *The Naturalization Act*, 1870 ", qui, ayant été subséquemment modifié, est maintenant connu sous le titre de " *The Naturalization Acts*, 1870 *and* 1872 ". Cette législation permet à un sujet britannique d'acquérir une autre nationalité, elle reconnaît la naturalisation acquise auparavant, tout en autorisant le sujet naturalisé de reprendre sa nationalité anglaise, s'il le juge à propos. En 1871, le parlement canadien, compétent aux termes de l'article 91 de l'acte de l'Amérique Britannique du Nord, et de l'article 16 de l'acte de naturalisation du parlement impérial, à porter des lois sur la naturalisation et les aubains, adopta le statut 44 Vic., ch. 13, (maintenant le chapitre 113 des Statuts revisés du Canada), qui est entré en vigueur le 4 juillet 1883. Cette loi reproduit les principales dispositions du statut anglais. Il en sera question plus loin.

II. Sujets britanniques par droit de naissance.—Donc il y a deux classes de sujets britanniques : ceux qui le sont par naissance et ceux qui ont acquis cette qualité par voie de naturalisation. L'article 20 définit la qualité de sujet britannique par droit de naissance.

20.—" Est sujet britannique par droit de naissance, tout " individu qui naît dans une partie quelconque de l'empire " britannique, même d'un père étranger, et aussi celui dont le " père ou l'aïeul paternel est sujet britannique, quoique né lui-" même en pays étranger ; sauf les dispositions exceptionnelles " résultant des lois particulières de l'empire ".

Cet article exprime exactement la doctrine du droit public anglais sur ce sujet. Cette doctrine n'est nullement affectée par la nouvelle législation.

Il s'agit dans cet article des sujets britanniques par droit de naissance. Tout individu qui naît dans une partie quelconque de l'empire britannique, même d'un père étranger, est sujet

---

(*a*) Voir Howell, *Naturalization and Nationality in Canada*, p. 19 et suivantes.

Voir aussi Loranger, *Commentaires sur le droit civil*, t. 1er, p. 257.

britannique. Il importe peu que cet étranger y soit ou n'y soit pas domicilié lors de la naissance de son enfant, le fait de la naissance suffit. Il n'y a que deux exceptions à cette règle. La première veut que les enfants des ambassadeurs accrédités auprès de la Reine, ne soient pas sujets britanniques ; ils ne sont pas censés nés dans les limites de l'empire, l'ambassadeur ayant le privilège de porter sa nationalité avec lui. On excepte également de l'application de cette règle les enfants nés d'étrangers dans un territoire anglais, pendant que ce territoire est occupé par une armée ennemie *(a)*.

Sont également sujets britanniques par droit de naissance, les enfants et les petits enfants d'un sujet britannique, quoique ces enfants ou petits enfants soient nés en pays étranger. On regarde cette qualité de sujet britannique ainsi accordée aux enfants et petits enfants nés à l'étranger d'un sujet britannique comme une qualité personnelle ; elle n'est pas transmissible à leurs descendants *(b)*.

Ainsi, il importe peu, d'après la doctrine du droit commun, que le père de ces enfants ou petits enfants nés à l'étranger fût, lors de leur naissance, sujet naturalisé du pays où ses enfants sont nés ou citoyen d'un pays étranger.

Nous disons d'après la doctrine du droit commun, car, ainsi que nous l'avons vu, ce droit ne permet pas à un sujet britannique de se faire naturaliser à l'étranger, ou en d'autres termes de s'expatrier. Ce droit commun était en vigueur lors de la codification et jusqu'à notre nouvelle législation sur la naturalisation. Mais aujourd'hui, cette doctrine ne peut plus être suivie. Notre acte de la naturalisation de 1871, 44 Vic., ch. 13, maintenant le chapitre 113 des statuts revisés du Canada, déclare, à sa section 7, qu'un sujet britannique qui, à quelque époque que ce soit, avant ou depuis le 4 juillet, 1883, se trouvant dans un pays étranger et n'étant frappé d'aucune incapacité, se sera volontairement *(c)* fait natu-

---

(*a*) Howell, *ouvrage cité*, p. 8.

(*b*) Howell, p. 8.

(*c*) A propos de ce mot *volontairement*, M. Howell cite (p. 57) l'explication qu'en a donné le lord chancellier Hatherley, lors de la discussion du projet de loi sur la naturalisation à la chambre des lords. Il paraît que dans plusieurs des Etats du sud de l'union américaine on a naturalisé des individus contre leur gré par des actes de la législature, probablement pour pouvoir les contraindre à servir dans les armées des Etats confédérés. De plus, en Prusse, on n'admettait personne à agir comme consul d'une puissance étrangère dans une ville fortifiée, à moins qu'il ne se fût fait naturaliser, et l'on cite le cas

raliser dans ce pays *(a)*, sera réputé, en Canada, à partir du moment où il aura obtenu sa naturalisation, avoir cessé d'être sujet britannique et dès lors y sera regardé comme un aubain.

Cependant, cette personne pouvait, malgré cette disposition, si elle le voulait, échapper à l'application de cette loi. Aux termes de ce même article du statut, cette personne pouvait, dans les deux ans après la mise en vigueur de cette loi, faire une déclaration qu'elle désirait conserver la qualité de sujet britannique en Canada et si elle a fait telle déclaration dans le délai fixé et prêté serment d'allégeance, elle sera censée avoir toujours été un sujet britannique au Canada. La loi ajoute, toutefois, que pendant la résidence de cette personne dans les limites de l'état étranger où elle aurait été naturalisée, elle ne sera regardée, en Canada, comme sujette britannique que si elle a rénoncé à la qualité de sujet de ce pays étranger dans les formes établies par ses lois ou par un traité à cet effet.

Donc un individu qui a été naturalisé, disons aux Etats-Unis, et qui a fait, dans les délais voulues, une déclaration qu'il voulait néanmoins demeurer sujet britannique en Canada, est revêtu d'une double nationalité. Tant qu'il se trouvera en Canada, on le regardera comme un sujet britannique, passe-t-il aux Etats-Unis, pendant toute la durée de sa résidence en ce pays, on cessera, en Canada, de le tenir pour sujet anglais. Ce système est très compliqué, mais on ne peut guère lui refuser le mérite de l'élasticité.

Voilà pour le sujet britannique qui s'est fait naturaliser en pays étranger avant le 4 juillet 1883 *(b)*.

Maintenant que décider quant aux enfants de cet individu qui sont nés en pays étranger depuis sa naturalisation et avant la mise en vigueur de la nouvelle loi, et qui, à ce titre, se trouvaient sujets britanniques par droit de naissance ? Que décider également

---

d'un consul anglais, qui avait dû se soumettre à cette exigence. On raconte que ce consul craignait de permettre à ses fils de venir le visiter de crainte qu'ils ne fussent contraints à faire le service militaire dans les armées prussiennes. C'est pour protéger les personnes naturalisées de cette façon, que la loi exige que la naturalisation ait été volontaire.

(*a*) Il s'agit d'un pays qui a signé avec l'Angleterre une convention à l'effet de permettre aux sujets des deux pays de s'expatrier (voir l'article 4 de cette loi).

(*b*) Un sujet britannique, qui s'est fait naturaliser depuis le 4 juillet 1883, se trouve placé sur le même pied que les aubains et pourra se faire réadmettre à la nationalité anglaise en subissant la même épreuve.

quant aux enfants d'un étranger qui, à raison de leur naissance dans une partie de l'empire britannique, avaient acquis la qualité de sujet britannique ?

D'abord, quant aux enfants d'étrangers, nés dans une partie de l'empire britannique, l'article 6 de la loi que j'ai citée, dit qu'ils peuvent, s'ils ont atteint l'âge de majorité, faire une déclaration d'extranéité et qu'à compter de cette déclaration, ils cesseront, en Canada, d'avoir la qualité de sujet britannique.

Examinons maintenant le cas des enfants de sujets britanniques, naturalisés ou non, qui sont nés à l'étranger. Remarquons d'abord, qu'aux termes de l'article 20 du code civil, ces enfants sont sujets britanniques et qu'il faut l'existence d'une disposition contraire dans l'acte de la naturalisation pour les priver de cette qualité.

S'il s'agit de l'enfant d'un sujet britannique, l'article 6 du statut déclare que cet enfant peut, s'il a atteint l'âge de majorité, faire une déclaration d'extranéité et qu'à compter de cette déclaration, il cessera d'avoir en Canada la qualité de sujet britannique.

Je crois que cet article confirme la doctrine de l'article 20 du code civil quant aux enfants nés à l'étranger d'un père, sujet britannique d'origine, mais qui, avant la naissance de ses enfants et avant la passation de la loi que je commente, avait abjuré la nationalité anglaise. D'après les principes qui étaient alors en vigueur, le sujet britannique ne pouvait renoncer à sa nationalité; s'il le faisait, sa naturalisation était nulle et ses enfants se trouvaient, comme lui-même, sujets britanniques. Il résulte de l'article 6 du statut que, pour se soustraire aux obligations que sa naissance lui impose, l'enfant de ce sujet britannique doit, de toute nécessité, faire une déclaration d'extranéité. S'il ne la fait pas, il reste sujet britannique. Il s'agit en effet pour lui d'un droit acquis dont le législateur n'a pas entendu le priver sans une déclaration de volonté de sa part.

Je trouve aux articles 24, 25 et 26 de l'acte de naturalisation quelques autres dispositions quant à la nationalité des enfants.

Lorsqu'un père ou une mère veuve, dit l'article 24, aura perdu, sous l'empire du présent acte, la qualité de sujet britannique, ses enfants,—s'ils vont résider pendant leur minorité dans le pays étranger où est naturalisé leur père ou leur mère et s'il y sont naturalisés conformément aux lois de ce pays,—seront considérés, en Canada, comme nationaux du pays dont leur père ou leur mère sera sujet et non pas comme sujets britanniques.

Aux termes de l'article 25, si le père ou la mère veuve a obtenu

un certificat de réadmission à la nationalité britannique en Canada, l'enfant de ce père ou de cette mère qui, pendant sa minorité, y sera venu résider avec son père ou sa mère, sera considéré comme ayant recouvré, à tous égards, la qualité de sujet britannique en Canada.

L'article 26 dit que si le père, ou la mère veuve a obtenu un certificat de naturalisation en Canada, l'enfant de ce père ou de cette mère, qui, pendant sa minorité y sera venu résider avec son père ou sa mère, sera réputé sujet britannique par naturalisation en Canada.

Voilà donc les dispositions de notre droit statutaire sur ce sujet. Nous allons maintenant nous occuper de la deuxième classe de sujets britanniques, ceux qui le sont par naturalisation.

III. Sujets britanniques par naturalisation.—L'article 21 du code civil dit que " l'étranger devient sujet britannique par l'effet de la " loi en se conformant aux conditions qu'elle prescrit à cet égard."

Aux termes de l'article 22 du code civil, tel qu'il doit maintenant se lire pour se conformer à l'article 8 de l'acte de naturalisation, " ces conditions, en autant qu'il y est pourvu par les lois " fédérales, sont :

" 1° Une résidence au Canada pendant trois ans au moins, " ou un service pendant trois aus au moins sous le gouvernement " ment du Canada ou sous le gouvernement de quelqu'une des " provinces du Canada, avec intention soit de résider en Canada, " soit de faire quelque service sous le gouvernement de la Puis- " sance ou de quelqu'une des provinces du Canada après sa natu- " ralisation ;

" 2° La prestation des serments de résidence, ou de service, et " de celui d'allégeance, exigés par la loi ;

" 3° L'obtention du tribunal compétent, avec les formalités " voulues, du certificat de naturalisation requis par la loi (S. R. " P. Q., art. 6228)."

Le tribunal compétent dont parle l'article 22, c'est, dans la province de Québec, la cour de circuit (S. R. C., ch. 113, art. 11). La personne qui désire se faire naturaliser prête les serments requis devant un juge d'une cour d'archives du Canada, un commissaire autorisé pour recevoir les serments dans toute cour d'archives du Canada, un commissaire autorisé par le gouverneur-général pour recevoir les serments mentionnés dans l'acte de naturalisation, un juge de la paix du comté ou du district dans lequel réside l'aubain, un notaire public, un magistrat stipendiaire, ou un magistrat de police (*Ibid*, art. 9).

L'aubain appuie sa demande de telle preuve de sa résidence ou de son service qu'exige la personne qui lui fait prêter les dits serments, et cette personne lui donne un certificat attestant la prestation des serments et le fait de la résidence ou du service (*Ibid*, art. 10 et cédule B).

Le premier jour du terme de la cour de circuit, ce certificat est présenté à la cour et y est lu cour tenante et si, pendant ce terme, les faits y constatés ne sont pas controuvés, ou si aucune autre objection valable n'est faite à l'encontre de la demande, la cour, le dernier jour du terme, ordonnera que le certificat soit produit et déposé parmi ses archives (art. 11).

Après la production de ce certificat, l'aubain a droit d'obtenir de la cour un certificat de naturalisation (art. 13).

Par l'effet de cette naturalisation, l'aubain jouit des mêmes droits politiques et autres droits, pouvoirs et privilèges et est soumis aux mêmes obligations que le sujet britannique d'origine, mais cet aubain ne sera pas réputé sujet britannique lorsqu'il séjournera dans les limites du pays auquel il appartenait avant d'obtenir son certificat de naturalisation, à moins qu'il n'ait cessé d'être sujet de son pays d'origine, aux termes de ses lois, d'un traité ou d'une convention à cet effet (art. 15).

Outre cette naturalisation, il y a ce que le législateur appelle la naturalisation spéciale ; cette naturalisation est accordée à celui qui désire faire cesser les doutes qui peuvent planer sur sa qualité de sujet britannique, mais, ajoute la loi, la demande de cette naturalisation spéciale ne sera pas une admission que la personne en question n'avait pas auparavant la qualité de sujet britannique (S. R. C., ch. 113, art. 16).

IV. Nationalité des femmes. — Voilà pour la naturalisation accordée à la demande de l'aubain. Il y a, outre le cas des enfants de l'aubain naturalisé qui demeurent pendant leur minorité avec leur père au Canada, une naturalisation qui s'accorde de plein droit et sans aucun concours de la part du naturalisé. C'est le cas d'une femme étrangère qui épouse un sujet britannique. L'article 23 du code civil, qui contient cette disposition, se lit comme suit :

23.—" L'étrangère devient naturalisée par le seul fait du " mariage qu'elle contracte avec un sujet britannique ".

L'article 22 de notre acte de naturalisation énonce ce principe d'une manière encore plus formelle, et en étend davantage les conséquences. Voici les termes de cet article :

22. — " Une femme mariée sera, en Canada, réputée sujette " du pays dont son mari sera alors sujet ".

L'article 23 ajoute :—" Une femme veuve, née sujette britan-" nique et devenue aubain par le fait de son mariage, sera réputée " aubain par l'effet de la loi, et comme telle pourra obtenir, à " toute époque de son veuvage, un certificat de réadmission à " la nationalité britannique, en Canada, ainsi que ci-dessus " prescrit ".

Donc la femme mariée changera de nationalité aussi souvent que son mari en change lui-même. On n'admet pas cette conséquence en France, où Dalloz, v° *Autorisation*, n° 48, décide que l'étrangère dont le mari étranger se fait naturaliser français, ne devient pas Française, car, ajoute-il, elle n'a pas dû penser que son mari abdiquerait lui-même sa patrie. Le contraire, cependant, résulte des termes de notre loi *(a)*.

Plusieurs questions peuvent se soulever sur l'interprétation de cet article, mais leur intérêt pratique est presque nul, car l'aubain, comme nous le verrons dans un instant, jouit de la plupart des droits civils que possèdent les citoyens, et la femme, d'après notre droit public actuel, ne participe pas aux droits politiques et n'est pas soumise aux obligations également politiques des hommes. Cependant, comme la femme peut se trouver dans le cas de réclamer la protection qu'un état accorde à ces citoyens, il sera intéressant de bien préciser l'effet de cette naturalisation que la loi lui impose.

La femme devient sujette britannique par le fait même de son mariage avec un sujet britannique parce que, suivant la doctrine du droit international comme du droit civil, elle suit la condition de son mari. Mais si elle a obtenu un jugement de séparation de corps et de biens d'avec son mari, perd-elle cette qualité de sujet britannique ? Il faut décider que non, car elle reste toujours femme mariée et elle est encore tenue de suivre la condition de son mari, quoiqu'elle ne soit plus obligée de partager son domicile. Les autorités anglaises vont encore plus loin et décident que la femme séparée de corps et domiciliée en Angleterre perdra sa qualité de sujet britannique si son mari anglais va se fixer dans un pays étranger et s'y fait naturaliser *(b)*. Cette conséquence découle des termes de notre loi.

Il faut également décider que la femme mariée ne reprend pas

(*a*) Voir une intéressante discussion de cette question dans Laurent, *Droit civil international*, t. 3, n[os] 195 et suiv., et dans les *Pandectes Belges*, v° *Autorisation de Femme Mariée*, n[os] 64 et suiv.

(*b*) Howell, p. 73.

sa première nationalité à la mort de son mari ; au contraire, elle reste citoyenne du pays dont son mari était sujet à l'époque de sa mort. Mais cette mort lui rendant la liberté, elle devient chef de famille et peut se faire naturaliser où bon lui semble et changer ainsi la nationalité de ses enfants demeurant avec elle pendant leur enfance.

V. Effet de la naturalisation. — L'article 24 du code civil se rapporte à l'effet de la naturalisation. " La naturalisation," dit-il, " confère, dans le Bas-Canada, à celui qui l'y acquiert, tous les " droits et privilèges qu'il aurait, s'il fût né sujet britannique."

Il ne s'agit pas ici des droits politiques seulement, mais de la possession des droits civils. Nous verrons, dans un instant, quelle est l'étendue de cette possession.

§ II. — *De la possession des droits civils par des sujets britanniques et par des étrangers.*

I. Sujets britanniques. — Les lois civiles d'un pays étant faites spécialement pour ses citoyens, il s'en suit que, règle générale, les nationaux seuls ont la plénitude de la possession de ces droits. Donc, en cette province, les sujets britanniques par droit de naissance ou par naturalisation possèdent tous les droits civils reconnus par la loi. Il importe peu que le sujet britannique soit ou non d'origine canadienne. Nous trouvons cette disposition à l'article 18 du code civil.

18.—" Tout sujet britannique est, quant à la jouissance des " droits civils dans le Bas-Canada, sur le même pied que ceux " qui y sont nés, sauf les dispositions particulières résultant du " domicile ".

Nous avons vu ailleurs l'effet du domicile sur les droits civils d'une personne. Il est inutile donc de préciser l'effet et l'étendue de cette réserve. Nous aurons, du reste, l'occasion plus loin de voir comment les droits civils d'un sujet britannique, résidant à l'étranger, peuvent se trouver affectés par cette résidence étrangère.

Donc, les sujets britanniques, quelle que soit leur origine, ont en cette province, la pleine jouissance des droits civils *(a)*.

(*a*) Je dis *jouissance* parce qu'il se peut qu'une personne qui a la *jouissance* de ces droits, n'en ait pas l'*exercice* pour cause de minorité, interdiction, etc.

II. Etrangers. — En l'absence de toute exception expressément consacrée par la loi, je puis dire, comme l'énonciation d'un principe universellement reconnu, que l'étranger ne jouit que de certains droits que le droit international reconnaît à tout individu, pourvu qu'il ne soit pas un ennemi de la nation. Le droit *civil*, comme son nom l'indique, est le droit des *citoyens*.

Pothier définit ainsi les droits dont jouissaient les étrangers sous l'empire de l'ancien droit français.

" Quoique les étrangers puissent faire toutes sortes de contrats " entre vifs ; quoiqu'ils puissent, par cette voie, disposer des biens " qu'ils ont en France, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, ils " ne peuvent cependant disposer des biens qu'ils ont en France, " soit par testament, soit par tout autre acte, à cause de mort, en " faveur d'étrangers ou de regnicoles ; les étrangers ne peuvent " aussi rien recevoir, soit par testament, soit par quelque autre acte, " à cause de mort, quoiqu'ils soient capables de donations entre " vifs. Cette différence que la loi établit entre les actes entre " vifs et les actes à cause de mort...... est fondée sur la nature " même des actes. Les actes entre vifs sont du droit des gens ; " les étrangers jouissent de tout ce qui est du droit des gens. Ils " peuvent donc faire toutes sortes d'actes entre vifs. La faculté " de tester active et passive est au contraire du droit civil, " *Testamenti factio est juris civilis.* Les étrangers ne jouissent " pas de ce qui est du droit civil, ils ne doivent donc pas avoir " cette faculté, ou ce droit " *(a).*

Tel était notre droit quant aux étrangers jusqu'à l'adoption du statut 12 Vic., ch. 197, en 1849. La nouvelle législation, qui déroge au principe énoncé par Pothier, est reproduite dans l'article 25 du code civil.

25. — " L'étranger a droit d'acquérir ou de transmettre, à titre " gratuit ou onéreux, ainsi que par succession ou par testament, " tous biens meubles et immeubles dans le Bas-Canada, de la " même manière que le peuvent faire les sujets britanniques nés " ou naturalisés."

Bien que, par sa nature, cette législation soit exceptionnelle et qu'il ne faille pas l'étendre au delà de la portée que lui donne le législateur, il convient d'ajouter que les codificateurs ont voulu exprimer, d'une manière générale, les droits de l'aubain. Ainsi, ils lui attribuent les droits les plus amples quant à l'acquisition

(*a*) *Traité des Personnes*, tit. II, sec. 2. Nous n'avons reproduit la doctrine du droit ancien que par rapport aux matières qui font partie du droit privé.

et la disposition des biens. Il n'était pas nécessaire d'énumérer les droits de moindre importance qui découlent de ceux qui sont mentionnés en notre article, car qui peut le plus, peut le moins. Ainsi, l'étranger peut hypothéquer, mettre en gage, constituer ou acquérir un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation. Il peut prescrire, ce qui est un mode d'acquérir, ou créer une servitude, ce qui est un acte de disposition. Il peut agir soit en personne ou par procureur *(a)*. Mais tout en donnant à notre article une interprétation large, je dois ajouter que l'aubain ne peut réclamer un droit civil qui ne découle pas de ceux qui n'y sont pas mentionnés. Il va sans dire, cependant, que les aubains sont encore compétents des droits non énumérés qui font partie du droit des gens. Ce principe, qui était reconnu sous l'empire de l'ancienne législation, doit l'être aujourd'hui.

Feu le juge T. J. J. Loranger *(b)* énumère quelques droits civils qui ne sont pas de la compétence de l'étranger. Il ne peut, dit-il, être tuteur à ses enfants mineurs, encore moins à des étrangers, curateur à une substitution, à un interdit, à un absent, ou à une succession vacante. Il ne peut être sherif, ni greffier, ni même huissier d'une cour civile. Par une disposition spéciale de la loi, les aubains peuvent être témoins à un testament (art. 844 C. C.). Il va sans dire qu'ils peuvent être témoins dans les causes civiles ou criminelles.

On décide en France que l'on peut pourvoir un mineur étranger d'un tuteur provisoire *(c)*. Nous ne voyons aucune difficulté à adopter cette doctrine ici, d'autant plus que le libre recours à nos tribunaux est accordé aux aubains en cette province et que le pouvoir de conférer la tutelle est l'une des prérogatives des tribunaux. La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Brooke & Bloomfield* (6 R. L., p. 533), que l'on peut nommer un tuteur à des mineurs qui n'ont jamais résidé en la province de Québec, mais, dans l'espèce, les mineurs paraissent avoir été sujets britanniques.

Il faut remarquer qu'à l'inverse de l'article 6, qui ne s'occupe que du *domicile* de l'individu, l'article 25 se rapporte à sa *nationalité*. Dans l'hypothèse de l'article 6, par le seul fait de son domicile dans le Bas-Canada, l'étranger se trouve soumis à nos lois civiles quant à son état et à sa capacité. Peu importe

(*a*) Loranger, *Commentaire sur le code civil*, t. I, n° 144.

(*b*) *Commentaire sur le droit civil*, t. Ier, n° 145.

(*c*) Rousseau & Laisney, *Dictionnaire de Procédure civile* v° Etranger, n° 7.

sa nationalité, son domicile régit sa capacité ; d'un autre côté, l'habitant du Bas-Canada, malgré sa qualité de sujet britannique, s'il est domicilié à l'étranger, ne pourra invoquer les dispositions de nos lois civiles pour déterminer son état et sa capacité. Mais quant à la pleine et entière jouissance des droits civils, la seule chose à rechercher, c'est la nationalité de l'individu. Donc la plénitude de cette possession appartiendra au sujet britannique domicilié même en pays étranger, tandis que l'aubain, domicilié dans le Bas-Canada, ne pourra pas la réclamer.

On ne trouve dans les rapports qu'une seule décision qui s'applique à cet article. C'est celle de la cour supérieure dans la cause de *Corse v. Corse* (4 L. C. R., p. 310). On y a décidé que l'effet du statut 12 Vic., ch. 197, qui est la source de notre article, est de mettre l'aubain, quant aux pouvoirs accordés, sur le même pied que les sujets britanniques par droit de naissance, de sorte qu'il peut réclamer une succession immobilière et mobilière conjointement avec un héritier naturalisé. L'arrêt ajoutait que les meubles étaient compris dans l'expression "bien-fonds" dont se sert cette loi. Il faut remarquer que l'article 25 a fait cesser tout doute en employant l'expression "tous biens meubles et immeubles".

L'article 26, tel qu'amendé par l'article 6229 S. R. P. Q., ajoute que "l'étranger ne peut servir comme juré". Autrefois, on lui permettait de faire partie d'un jury *de mediatate linguæ*, c'est-à-dire d'un jury composé pour moitié d'étrangers pour le procès d'un étranger. Ce jury *de mediatate linguæ* n'existe plus dans notre droit.

L'article 27 dit que "l'étranger, quoique non résidant dans le " Bas-Canada, peut y être poursuivi pour l'exécution d'obligations " qu'il a contractées même en pays étranger." Il va sans dire qu'il faut que la compétence du tribunal soit établie d'après les règles énoncées aux articles 34 et suivants du code de procédure civile. Ainsi, si la dette a été contractée en pays étranger, l'action devra être signifiée à l'étranger en personne dans les limites du district où elle est portée.

L'article 28 est le corollaire de l'article 27. Il dit que " tout " habitant du Bas-Canada peut y être poursuivi pour les obligations par lui contractées hors de son territoire, même envers un " étranger." Il faudra encore, dans ce cas, se conformer aux dispositions de l'article 34 du code de procédure civile.

III. Cautionnement "judicatum solvi" exigé des non résidents. —L'article 29 s'applique aux étrangers comme aux sujets britan-

niques. Ici, il n'est plus question de la *nationalité*, ni même du *domicile*, il ne s'agit que de la *résidence*.

" Tout individu non résidant dans le Bas-Canada", dit cet article " qui y porte, intente ou poursuit une action, instance ou " procès, est tenu de fournir à la partie adverse, qu'elle soit " ou non sujet de Sa Majesté, caution pour la sûreté des frais qui " peuvent résulter de ses procédures."

Avant de passer en revue les nombreux arrêts auxquels cet article a donné lieu, il convient de bien préciser ses termes. Le cautionnement dont il est question s'appelle généralement le cautionnement *judicatum solvi*. Cette expression ne rendrait pas bien la nature du cautionnement que l'article 29 exige du non résidant, si elle n'était qualifiée par les termes mêmes de cet article. Le mot *judicatum solvi* dans son interprétation ordinaire exprime l'obligation de payer le montant du jugement. Cependant, il n'est ici question que des frais de ce jugement. D'ailleurs, celui qui intente une demande, ne s'expose, comme suite de cette demande, qu'à payer les frais de son action au cas où elle serait renvoyée. Il est vrai qu'il peut être poursuivi par le défendeur par voie de demande incidente, mais alors le défendeur étranger, à son tour, donne caution. Du reste, il est clair que la caution du demandeur principal ne sera tenue qu'aux frais de la demande principale et non à ceux de la demande incidente.

Les expressions : " tout individu qui porte, intente ou poursuit " une action, instance ou procès," démontrent que l'article 29 ne s'applique pas seulement à un *demandeur*, mais à toute personne qui saisit le tribunal d'une demande, en un mot, à l'*actor* du droit romain. Donc, un défendeur qui porte une demande incidente ou une opposition *(a)*, un créancier qui conteste la réclamation d'un créancier colloqué par un jugement de distribution, un tiers opposant devront donner le cautionnement de l'article 29.

Enfin, remarquons, en sus, que le procureur qui agit ainsi pour un non résident, doit produire une procuration de sa part. Art. 120 C. P. C.

Nous allons maintenant faire une revue de notre jurisprudence sur cette question, laissant de côté les arrêts qui ne se rapportent qu'à la procédure.

1° *Qui doit fournir le cautionnement.*—Nous avons dit qu'il

(*a*) Mais non pas une opposition à jugement, car cette opposition à jugement n'est qu'une défense à l'action. Art. 483*a* C. P. C.

ne s'agit pas ici du domicile légal, mais seulement de la résidence. Ainsi, si un demandeur réside ici bien qu'il n'y tienne pas maison et qu'il soit domicilié ailleurs, il ne sera pas obligé de donner caution pour les frais. Telle est la portée d'une décision de *Ryland v. Ogilvie* (10 L. C. J., p. 200). On décide la même chose quand le demandeur n'est absent que temporairement, surtout quand il a laissé sa famille ici : *Mountain v. Walker* (5 R. L., p. 747), *Prentice v. Graphic Co.* (22 L. C. J., p. 268), *Tremblay v. Bastien* (11 L. N., p. 5), *Croisetière v. Tessier* (18 R. L., p. 430). Toutefois, le juge Mathieu a décidé le contraire dans la cause de *Drolet v. Lambe* (33 L. C. J., p. 114). Quant aux marins qui intentent, pendant leur séjour temporaire en cette province, des procédures, on les astreint à fournir caution : *Hearsdman v. Harrowsmith* (3 R. de L., p. 347) et *Grace v. Crawford* (3 R. L., p. 447) ; cependant on en à exempté un officier en garnison avec son corps d'armée : *Sutherland v. Heathcote* (3 R. de L., p. 347). On a soumis à l'obligation de donner caution le syndic ou *receveur* d'une compagnie d'assurance de la province d'Ontario, bien qu'il résidât ici et qu'il eût en sa possession tous les livres de la compagnie : *Giles v. Jacques* (27 L. C. J., p. 182). On a cependant décidé que le fait qu'un résidant, qui intente une action ici, n'est que le prête-nom d'un étranger, ne suffit pas pour obliger le demandeur à fournir caution : *Reed v. Rascony* (M. L. R., 1 S. C., p. 431). Dans la cause de *McCall v. Simmons* (20 R. L., p. 519), le juge Mathieu a jugé que la réquisition de faire cession de biens n'est pas introductive d'une instance, et que le requérant, qui n'a pas fait d'autres procédures que cette demande de cession, n'est pas tenu de fournir le cautionnement *judicatum solvi*. Voir, dans le même sens, une décision recente de *Prunier et al., v. Carsley* (R. J. Q., 5 C. S., p. 311). Une semblable décision a été rendue sous l'acte de faillite de 1875 dans une cause de *Reed v. Larochelle* (3 Q. L. R., p. 93).

Quand l'un de plusieurs demandeurs, créanciers solidaires du défendeur, ne réside pas en cette province, il y a contrariété de décisions sur la question de savoir si le demandeur non résidant devra fournir caution. La négative résulte de la décision de la cour d'appel dans *Humbert & Mignot* (18 L. C. J., p. 217) et de la cour supérieure dans les causes de *Beaudry v. Fleck (a)* (20

(*a*) Le juge Torrance a expliqué la nature de la demande en cette cause en rendant jugement dans la cause de *Henderson v. Henderson* 23 L. C. J., p. 208.

L. C. J., p. 304) et de *Crane et al. v. McBean*, (R. J. Q., 4 C. S., p. 331), où le juge Jetté a, sur une demande de cautionnement, infirmé, comme juge du fond, la décision rendue par le juge Mathieu *(a)*. Voir aussi un arrêt de la cour de magistrat dans ce sens, *Atkinson v. Dade* (13 L. N., p. 267). Au contraire, le juge Mathieu, se fondant sur le principe que la condamnation aux frais d'action n'est pas, règle générale, solidaire, a condamné le demandeur absent à fournir caution dans les causes de *Gibbard v. Riepert* (20 R. L., p. 300), et dans la cause de *Crane et al. v. McBean (*R. J. Q., 1 C. S., p. 299), dont nous avons parlé plus haut *(b)*.

Par contre, quand le demandeur non résidant n'est pas créancier solidaire avec les autres demandeurs, il n'est pas douteux qu'il doit fournir caution pour les frais. Voir les causes de *Henderson v. Henderson* (23 L. C. J., p. 208) et de *Howard v. Yule* (M. L. R., 4 S. C., p. 420).

Lorsque le demandeur est devenu non résidant depuis l'action, il tombe sous le coup de l'article 29 : *Cyr v. Bryson* (M. L. R., 1 S. C., p. 495) et *Gauthier v. Dupras* (M. L. R., 1 S. C., p. 510). Mais si celui qui a inscrit une cause en revision et a fait le dépôt requis, s'absente du pays, on ne pourra lui demander un cautionnement, son dépôt étant jugé suffisant pour les fins de la revision : *Pelletier v. Jetté* (Rapports judiciaires de Québec, 4 C. S., p. 58).

Il importe peu que le demandeur non résidant ait obtenu la permission de poursuivre *in forma pauperis*, cela ne l'exemptera pas de fournir caution : *Gagnon v. Wootley* (10 L. C. R., p. 234).

On assimile les compagnies aux individus et, si leur bureau principal est en dehors de la province, on les oblige à fournir le cautionnement *judicatum solvi*. Voir, dans ce sens, *The Niagara district Insurance Co. v. Macfarlane* (21 L. C. J., p. 224), *Bank of Ontario v. Foster* (19 R. L., p. 577), *The Canada Atlantic RR. Co. v. Stanton et al.* (M. L. R., 4 S. C., p. 160) *(a)*; et, en sens contraire, *The Globe Mutual Insurance Co. v. The Sun Mutual Insurance Co.* (1 L. N., p. 53).

(*a*) La décision du juge Mathieu est rapportée aux R. J. Q., 1 C. S., p. 299.

(*b*) Voir les autorités citées en note au rapport de la cause de *Gibbard v. Riepert*. Comme nous l'avons dit, le jugement du juge Mathieu dans *Crane v. McBean* a été infirmé au mérite de la cause par le juge Jetté, le 26 décembre 1893 (R. J. Q., 4 C. S., p. 331).

(*c*) Voir les autorités citées au rapport de cette cause.

Les cas que j'ai cités sont ceux du demandeur, c'est-à-dire le cas le plus ordinaire. Mais l'article 29 est général, il ne se limite pas seulement au demandeur, mais ses dispositions s'étendent à toute personne non résidante qui " porte, intente ou " poursuit une action, instance ou procès." Ainsi, on a décidé qu'un demandeur incident, qu'il soit demandeur ou défendeur dans l'instance principale, doit fournir caution pour les frais: *McCallum v. Delano* (3 R. de L., p. 199), *Davidson v Cameron* (15 L. C. J., p. 217). On juge la même chose quant à l'opposant : *Miller v. Dechêne* (8 Q. L. R., p. 18), *Beckett & La Banque Nationale* (M. L. R., 3 Q. B., p. 274). Il en est de même de l'opposant afin de conserver : *Benning v. Montréal Rubber Co.* (2 L. C. J., p. 287), *Dupré v. Cantara* (1 R. L., p. 39), *Ross v. Kirby* (20 R. L., p. 259). Je ne crois pas, cependant, qu'on puisse forcer un défendeur qui fait une opposition à jugement sous les articles 483*a* et suivants du code de procédure civile à donner caution, car son opposition à jugement n'est qu'une défense à l'action. Mais le demandeur qui conteste une collocation tombe sous le coup de l'article 29 : *Bornais v. Arpin* (M. L. R., 3 S. C. p. 84), *La société anonyme des glaces et produits chimiques v. Giberton* (5 L. N., p. 94). Une question qui a été controversée dans la jurisprudence, c'est de savoir si le demandeur qui conteste une opposition doit fournir une caution. On a décidé affirmativement dans les causes de *Mahoney v. Tonkins* (9 L. C. R., p. 72) et de *Baltzar v. Grewing* (1 R. L., p. 437). Au contraire, on en a exempté le demandeur contestant dans les causes de *Brigham v. McDonnell* (10 L. C. R., p. 452), de *Webster v. Philbrick* (15 L. C. J., p. 242), de *Waugh v. Porteous* (10 L. N., p. 138), de *Park v. Rivard* (M. L. R., 1 S. C., p. 291) et de *The Sandford Whip Co. v. Stock* (18 R. L., p. 283). Je partage décidement l'opinion qui a prévalu dans ces derniers arrêts, car, sur opposition, le demandeur contestant occupe la position d'un défendeur. On a également décidé dans une cause récente que le défendeur, qui se pourvoit contre un jugement par le moyen d'une requête civile, doit donner caution : *Mace v. Cleveland* (R. J. Q., 4 C. S., p. 3).

2° *Qui peut exiger le cautionnement ?*— Evidemment, c'est toute personne qui occupe la position d'un défendeur dans une cause. Ainsi, on a jugé que le gardien contre lequel on a émis une règle pour contrainte par corps peut demander ce cautionnement: *Miller v. Bourgeois* (16 L. C. J., p. 196).

3° *Nature et effets du cautionnement* —Il n'est pas nécessaire

que la caution soit propriétaire d'immeubles : *Utley v. McLaren* (17 L. C. R., p. 267). On a cependant décidé qu'une demande de fournir ce cautionnement par la création d'une hypothèque sur les immeubles du demandeur situés en cette province, ou en déposant une somme d'argent en cour, sans en indiquer le montant, ne peut être reçue : *The Canadian Copper Pyrites Co. v. Shaw* (19 L. C. J., p. 99). Il appert qu'une femme majeure qui n'est pas sous puissance de mari peut légalement être offerte comme caution judiciaire parce que, en vertu des articles 2272 et 2276 du code civil, la femme est contraignable par corps quand elle a assumé cette qualité : *Slessor v. Désilets* (M. L. R., 1 S. C., p. 306). Dans une cause de *Lavallée v. Paul* (M. L. R., 2 S. C., p. 72), la cour de revision a décidé qu'un cautionnement judiciaire, où la caution s'oblige généralement à payer tous les frais et dommages qui seront adjugés, sans déterminer un montant quelconque qu'elle aurait à payer, ne crée pas d'hypothèque judiciaire, et la caution peut, par une action, faire radier l'enregistrement fait de ce cautionnement sur ses immeubles; que la justification sous serment que fait une caution de sa solvabilité jusqu'à concurrence d'une somme fixe, ne fait pas partie du cautionnement et n'en détermine nullement le montant.

CHAPITRE III. — DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

L'article 30 dit que " les droits civils se perdent : 1° dans les " cas prévus par les lois de l'empire ; 2° par la mort civile."

Le sujet de la mort civile a été traité par les codificateurs ; au contraire, mutisme complet sur la première partie de l'article 30 quant à la perte des droits civils dans les cas prévus par les lois de l'empire. Ce mutisme s'explique historiquement. Il y avait eu, à ce sujet, dissentiment dans la commission de la codification. Les commissaires Caron et Morin voulaient mettre comme premier alinéa de cet article : " Par l'abdication de la qualité de sujet britannique " et ils ajoutaient : " L'on abdique la qualité du sujet britannique en se faisant naturaliser en pays étranger ". Au contraire, le commissaire Day tenait que l'allégeance anglaise était inaliénable, ce qui me paraît avoir été la doctrine véritable *(a)*.

(*a*) Le juge Loranger partageait également l'avis de M. Day. *Commentaire sur le code civil*, t. Ier, p. 256. Il y avait du reste une autre objection à la doctrine de la majorité de la commission, car il

La législature n'a pas voulu se prononcer, elle a trouvé le moyen de sortir de la difficulté à bon marché en déclarant que les droits civils se perdent dans les cas prévus par les lois de l'empire. Donc, si ces lois ne reconnaissaient pas l'abdication de la nationalité britannique, cette abdication était non avenue.

Il est inutile maintenant de discuter cette question, car l'abdication de la qualité de sujet britannique est aujourd'hui permise. Donc, par l'effet de cette abdication, on perd, non les droits civils, car les étrangers, ainsi que je l'ai dit, possèdent plusieurs droits civils, mais la plénitude de la jouissance de ces droits. On se trouve tout simplement placé sur le même terrain que les aubains.

SECTION I.—*De la mort civile.*

I. Mort civile résultant de la condamnation à certaines peines.— L'article 31 dit que " la mort civile résulte de la condamnation " à certaines peines afflictives ". L'article 32 ajoute que " la " condamnation à la mort naturelle emporte la mort civile " et l'article 33, que " toutes autres peines afflictives perpétuelles " emportent aussi la mort civile ". Ces articles ne définissent pas la mort civile. Le juge Loranger dit que la mort civile est le retranchement de la vie civile *(a).* Elle résulte 1° de la condamnation à la mort naturelle; 2° de la condamnation à la détention perpétuelle au pénitencier, c'est-à-dire, la seule peine afflictive perpétuelle qui existe dans notre droit, la déportation étant abolie. La mort civile existe par le seul fait et dès l'instant de la condamnation. Il importe peu que cette condamnation soit suivie ou non d'exécution; la commutation de cette peine en une peine qui n'emporte pas la mort civile, rend bien la vie civile au condamné, mais n'empêche pas que ce condamné n'ait été, pendant quelque temps, sous le coup de la mort civile.

II. Mort civile des religieux. — Il y a une troisième cause de mort civile, la profession religieuse. On sait que l'Église catholique regarde comme mortes au monde les personnes qui font profession religieuse dans un ordre approuvé. La loi civile s'est emparée de cette idée et pour ne pas rendre illusoire la renon-

---

n'est pas exact de dire, depuis la passation du statut 12 Vic., ch. 197, que les droits civils se perdent d'une manière générale par l'abdication de la qualité de sujet britannique. Cette abdication ne peut affecter que la plénitude de la jouissance des droits civils.

(a) *Commentaire sur le code civil*, t. Ier, p. 269.

ciation au monde faite par les religieux, elle a déclaré que cette renonciation emporterait, comme conséquence nécessaire, la mort civile.

La mort civile, comme suite de la profession religieuse, existe-t-elle encore dans notre droit ? Cette question a soulevé de grands dissentiments dans la commission de codification du code civil. Le juge Day soutenait que la profession religieuse n'existait plus légalement en cette province, de manière à entraîner la mort civile. Les autres commissaires, au contraire, tenaient que les dispositions de l'ancien droit français étaient toujours en vigueur en ce pays. Ces dispositions n'ont été abolies en France qu'en 1789, elles étaient en pleine force lors de la cession du pays. Ils redigèrent donc un projet d'article qui se lisait comme suit : " La " profession religieuse qui emporte la mort civile, est celle qui est " faite volontairement, par vœux solennels et à perpétuité, par une " personne ayant l'âge requis, avec les formalités voulues, dans " un ordre religieux reconnu et approuvé ".

La législature, appelée à se prononcer sur cette question, adopta l'expédient qui lui avait si bien réussi dans le cas de l'article 30. Grâce à cette tactique, qui n'a pas le mérite du courage, l'article 34 se lit comme suit : " Les incapacités résultant, " quant aux personnes qui professent la religion catholique, de la " profession religieuse par l'émission de vœux solennels et à " perpétuité dans une communauté religieuse reconnue lors de la " cession du Canada à l'Angleterre et approuvée depuis, restent " soumises aux lois qui les réglaient à cette époque ".

C'était ne rien décider et tout laisser dans le vague. Il nous faut donc repondre à deux questions. Quelles lois réglaient à l'époque de la cession la mort civile des religieux ? Quelles sont les communautés religieuses auxquelles peuvent s'appliquer ces lois ?

Je crois que pour trouver le droit commun de la France, tel qu'il était en vigueur en ce pays à l'époque de la cession, il faut remonter jusqu'à l'ordonnance de Blois, car il ne peut être question de l'édit de mars de 1768 que cite Pothier. D'après l'analyse que fait cet auteur de l'ordonnance de Blois (*Traité des Personnes*, n° 71), pour que les vœux soient réputés solennels et entraînent la mort civile du religieux qui les prononce, cinq conditions sont requises. 1° L'ordre dans lequel ces vœux sont faits doit être un ordre approuvé dans l'Église et dans l'État. 2° Les vœux doivent être reçus par un supérieur qui en ait le pouvoir d'après les constitutions de l'ordre. 3° Celui qui les prononce

doit avoir l'âge requis, c'est-à-dire, suivant les termes de l'ordonnance de Blois, seize ans accomplis *(a).* 4° Il faut qu'il y ait au moins un an d'intervalle entre le jour auquel le religieux a pris l'habit de religion et celui de sa profession. L'ordonnance de Blois défendait d'admettre aucune fille à profession, à moins qu'elle n'eût été examinée par l'évêque, ou par un de ses grands vicaires, et que la cause ne leur en eût paru légitime et valable. 5° La profession doit être volontaire ; ainsi la crainte, l'erreur, le dol, la violence seraient une cause de nullité des vœux dans les mêmes cas que pour les contrats en général.

La première condition est sans doute la plus importante. L'ordre doit être un ordre approuvé par l'Église, c'est-à-dire par le pape, chef suprême de l'Église, et par l'État, représenté, sous l'ancien régime, par le roi de France. L'article 34 de notre code exige que la communauté religieuse ait été *reconnue* lors de la cession du Canada et *approuvée* depuis. En se servant de ces termes. le législateur veut que l'ordre religieux ait été *reconnu* par l'Église et l'État lors de la cession, car c'était la condition de la loi française, et *approuvé* depuis la cession par le nouvel État, c'est-à-dire par l'Angleterre.

Quels sont les ordres religieux qui étaient lors de la cession reconnus par l'Église et l'État et qui ont été depuis approuvés par l'Angleterre ? C'est la seconde question à laquelle nous devons répondre.

Le juge Loranger *(b)* cite les communautés suivantes comme remplissant cette condition : l'Hôtel-Dieu, l'Hôpital-Général et les Ursulines de Québec, les Ursulines de Trois-Rivières et les Hospitalières de l'Hôtel-Dieu de Montréal. Toutes ces communautés étaient des communautés de filles *(c).* Il n'y avait dans le pays, lors de la cession, que deux ordres religieux d'hommes, les recollets et les jésuites. Les premiers ont disparu ; les jésuites ont également disparu, leur ordre a été supprimé par le pape Clément XIV, en 1773, puis rétabli par Pie VII en 1814 ; ils sont revenus au pays vers le milieu de ce siècle et la législature de la province de Québec les a constitués en corporation, en 1887, par le statut 50 Vic., ch. 28.

(*a*) L'édit de mars 1768 fixa cet âge à 21 ans pour les hommes et 18 ans pour les filles. Cet édit est subséquent à la cession du Canada.

(*b*) Commentaire sur le code civil, t. Ier, nos 178-183.

(*c*) Dans le passage indiqué à la note précédente, feu le juge Loranger explique la constitution des congrégations religieuses de femmes qui existaient lors de la cession. Le lecteur pourra y référer.

Il n'est pas douteux que les communautés de filles qu'énumère le juge Loranger ont été approuvées depuis la cession. L'article 32 de la capitulation de Montréal en fait foi. " Les communautés " de filles seront conservées dans leurs constitutions et privilèges ", disait cet article. Au contraire, cette approbation fut refusée aux jésuites et aux récollets par l'article 33.

La constitution en corporation des jésuites, en 1887, est-elle une approbation telle que les termes de l'article 34 puissent être appliqués aux jésuites fixés maintenant en cette province ? Pour décider cette question, il faudrait se demander si le nouvel ordre des jésuites, rétabli en 1814, est juridiquement le même ordre que celui qui a été supprimé en 1773 ; si l'effet de la suppression n'a pas été de faire manquer la première condition exigée par l'ordonnance de Blois et par Pothier, l'approbation de l'Église. Il faudrait également déterminer si le refus du général anglais de reconnaître les jésuites, lors de la capitulation de Montréal, n'a pas fixé à tout jamais l'état civil de ces religieux ; si le fait de constituer les jésuites en corporation équivaut à une approbation au désir de l'article 34 ; et, ces questions réglées, il resterait encore à savoir si l'article 34 peut s'appliquer à une approbation donnée depuis le code. En un mot, c'est à la fois une question de droit canon et de droit civil. Je ne pourrais la discuter sans sortir des bornes d'un ouvrage qui doit rester essentiellement élémentaire *(a)*.

Nous verrons plus loin que les effets de la mort civile des religieux ne sont pas tout à fait les mêmes que ceux de la mort civile des criminels. Il y avait une raison de haute convenance de ne point mettre les uns et les autres sur le même pied.

Section II. — *Effets de la mort civile.*

I. La confiscation. — Le premier effet de la mort civile, c'est la confiscation. L'article 35 dit que " la mort civile emporte la perte " de tous les biens du condamné, lesquels sont acquis au souverain " à titre de confiscation. "

Le mot de *confiscation* a toujours été et sera toujours odieux. La confiscation nous rappelle les pages les plus tristes de l'histoire de l'humanité ; souvent même, elle n'a servi qu'à donner un semblant de légalité au vol et à la spoliation dont les faibles avaient

(*a*) Le code, en parlant des actes de profession religieuse, semble ne viser que les communautés de femmes, car on dit que ces actes seront signés par *la supérieure* de la communauté (art. 72).

été victimes au profit des puissants. Son origine est toute romaine, elle date des jours néfastes qui ont vu les triomphes de Sylla et de Marius, dans les dernières années de la République. Les factions signalaient leur avènement au pouvoir par la proscription de leurs adversaires et la confiscation de leurs biens. C'était la mise en pratique du mot de Brennus : *væ victis !*

Au point de vue juridique, la confiscation est l'adjudication au profit du fisc des biens d'une personne. Dans l'origine à Rome, on l'appliquait dans les causes politiques seulement ; bientôt on l'étendit à toutes les offenses capitales et elle comprenait tous les biens du condamné. Justinien, par sa dix-septième novelle, abolit la confiscation pour tous les crimes autres que celui de lèze-majesté ; dans les cas ordinaires, la succession du condamné était déférée à ses ascendants et descendants jusqu'au troisième dégré.

Sous les deux premières races de rois en France, le rachat des crimes se faisait par la compensation en argent et la confiscation fut inconnue. Bientôt, cependant, on s'aperçut qu'il fallait des lois plus rigoureuses pour réprimer la violence. Vers le commencement de la troisième race, on substitua, à la composition pécuniaire, des peines corporelles et, en décrétant la confiscation des biens du condamné, on étendit la punition jusqu'à ses enfants, afin que, du moins, l'amour de leur famille pût retenir les hommes dans le devoir. Les mêmes causes amenèrent l'établissement de la confiscation en Angleterre.

Telle fut l'origine de la confiscation en France et en Angleterre. Il est impossible de la défendre au point de vue de l'équité, car on punit la famille du coupable pour une offense à laquelle elle n'a pris aucune part. L'histoire nous apprend que souvent, sous prétexte de punir le crime, on trouva le moyen de satisfaire la rapacité des grands, car, exercé par le roi seul dans le principe, le droit de confiscation fut dans la suite déféré aux seigneurs haut-justiciers pour les indemniser des frais qu'entraînaient la répression du crime et les procès des accusés.

La confiscation existait dans presque toutes les coutumes de la France. L'article 183 de la coutume de Paris consacre la maxime : *Qui confisque le corps, confisque les biens.* L'article 35, donc, en déclarant que tous les biens du condamné sont acquis au souverain à titre de confiscation, a exprimé la doctrine du droit tel qu'il existait à l'époque de la codification.

Mais la confiscation existe-t-elle encore dans notre droit ? L'article 965 du nouveau code criminel, reproduisant et étendant les

dispositions du statut 32-33 Vic., c. 29, art. 55 et de l'article 36 du chapitre 181 des statuts révisés du Canada, se lit comme suit: " A compter de la sanction du présent acte, aucune confession, " aucun verdict, aucune enquête, aucune condamnation ou juge- " ment au sujet d'un crime de trahison, ou d'un acte criminel, ou " d'un suicide, ne pourra causer la mort civile, ni la confiscation " des biens; pourvu que rien de contenu dans le présent article " n'affecte aucune amende ou pénalité imposée à qui que ce soit " par suite de sa condamnation, ni aucune confiscation de biens " prévue d'une manière spéciale par quelque acte du parlement " du Canada."

La confiscation a été également abolie en Angleterre par le statut 33-34 Vic., ch. 23.

On ne peut se prévaloir de la disposition du statut impérial qui ne s'applique pas ici. La question que nous avons à résoudre, c'est de savoir si l'article 965 du code criminel a eu l'effet d'abolir la mort civile comme conséquence de la peine perpétuelle ou de la condamnation à mort en cette province. Si l'article 965 du code criminel est de la compétence du parlement fédéral qui l'a adopté, il n'y a aucun doute que la mort civile n'existe plus dans les cas prévus, mais cet article est-il réellement de la compétence fédérale?

Le juge Jetté, dans la cause de *Dumphy v. Kehoe* (21 R. L., p. 119), a jugé que non. Il considère la mort civile comme une conséquence de la peine criminelle, et comme étant de droit civil et non de droit criminel; or les droits civils sont de la compétence exclusive des législatures. Je crois que le savant magistrat a raison. Il ne s'agit que d'une déchéance que la loi civile décrète contre ceux qui ont été condamnés soit à mort, soit à la réclusion perpétuelle. C'est une espèce de deshérence et, depuis la décision du conseil privé dans la cause de *The Attorney General of Ontario & Mercer* (L. R., 8 App. cas. 176), il est impossible de nier que la deshérence n'appartienne aux provinces. Donc, l'article 965 du code criminel n'a pas eu l'effet d'abolir la mort civile.

Mais si l'existence du droit de confiscation ne fait aucun doute, l'exercice de ce droit a été très rare en ce pays. Le juge Loranger, à l'époque qu'il écrivait le premier volume de ses *Commentaires*, n'en connaissait qu'un seul exemple, celui des victimes de la cour martiale après les troubles de 1837. Cependant, la couronne a exercé tout dernièrement le droit de confiscation dans la cause de *Dumphy v. Kehoe* (21 R. L., p. 119), dont j'ai parlé plus haut.

La confiscation existe donc dans notre droit. Elle a lieu par le fait même de la condamnation et simultanément avec elle. Il faut remarquer, cependant, que le souverain ne recueille pas les biens confisqués libres de toutes charges ; au contraire, il prend la place du condamné et doit acquitter les obligations de ce dernier à même ces biens. Conformément à ce principe, le juge Jetté a décidé, dans la cause de *Dumphy v. Kehoe* (21 R. L., p. 119), qu'en principe, d'après les dispositions du droit de la province sur cette matière, les biens d'un condamné sont d'abord affectés au paiement de ses dettes, et que la confiscation ne peut s'appliquer qu'au surplus de ces biens, les dettes déduites.

Comme, du reste, les termes mêmes de l'article 35 l'indiquent, la confiscation n'a lieu que contre les condamnés ; les religieux morts civilement n'y sont pas soumis.

II. Incapacités qu'entraîne la mort civile. — A part la confiscation dans le cas des condamnés, les personnes mortes civilement tombent sous le coup de certaines incapacités qui sont énumérés à l'article 36.

Ces incapacités sont au nombre de huit.

1° La personne morte civilement ne peut recueillir ni transmettre à titre de succession. Elle ne peut *recueillir* par succession, parce qu'aux yeux de la loi civile, elle est morte. Les biens qui lui seraient devolus vont, dans les successions directes, à ses descendants qui les reçoivent à sa place en vertu de la fiction légale de la représentation (art. 624 C. C.). Dans les successions collatérales, sauf le cas où la représentation est admise, c'est-à-dire, lorsque les neveux et nièces viennent à la succession de leur oncle ou tante concurrement avec les frères et sœurs du défunt (art. 622 C. C.), la succession est toute entière dévolue aux autres héritiers. Ainsi, dans le cas de la substitution, si le mort civil est seul appelé, la substitution devient caduque. La personne morte civilement ne peut non plus *transmettre* par succession, parceque l'effet de la condamnation est de la priver de tous ses biens, lesquels sont acquis au souverain à titre de confiscation. Cette incapacité affecterait aussi un religieux ou une religieuse, frappé, comme suite de sa profession, de mort civile. Il ne pourrait ni recueillir, ni transmettre par succession. Sa profession le priverait de tous ses biens lesquels seraient dévolus à ses héritiers et, s'il avait fait un testament, ce testament se trouverait confirmé (Pothier, *Personnes*, tit. III, sec. Ière, éd. Bugnet, tome IX p. 34).

Dans la cause de *Dumphy v. Turcotte* (18 R. L., p. 236), le

juge de Lorimier a jugé que la réclamation par la couronne de la succession d'une personne condamnée à la peine capitale empêche que cette succession ne puisse être considérée comme vacante.

2° La personne morte civilement ne peut disposer de ses biens, ni acquérir soit par actes entrevifs ou à cause de mort, soit à titre gratuit ou onéreux ; elle ne peut ni contracter ni posséder; elle peut cependant recevoir des aliments. Cela équivaut à dire que le mort civil perd tous les droits qui sont, soit du droit des gens, soit du droit civil (Pothier, éd. Bugnet, tome IX, p. 32). Il va sans dire qu'il ne peut disposer de ses biens, puisqu'il n'en a aucuns. Le seul droit qu'on lui reconnaît est celui de recevoir des aliments, droit qui sera souvent illusoire. Ces incapacités affectent le religieux (Pothier, éd. Bugnet, *loc. cit*).

Dans la cause de *Gauthier v. Joutras* (1 R. L., p. 473), le juge Thomas Loranger a décidé qu'une femme accusée du meurtre de son mari peut, dans l'époque intermédiaire de l'accusation et de la condamnation judiciaire, contracter un engagement valable pour se faire défendre contre l'accusation ; qu'un avocat peut réclamer en justice le montant d'une telle obligation ; que l'effet de la condamnation ayant été d'entraîner la confiscation des biens du condamné au profit de la couronne, sous l'obligation de payer les dettes du condamné, la remise de ces biens par la couronne aux enfants du condamné, se fait à la même condition ; que les enfants ne sont tenus de cette obligation que *pro modo emolumenti*, et dans l'espèce, que sur la part de leur mère dans la communauté et non sur les gains de survie qu'elle a perdus.

3° Le mort civil ne peut être nommé tuteur ni curateur, ni concourir aux opérations qui y sont relatives. Par conséquent, il ne peut faire partie du conseil de famille. Les religieux morts civilement tombent sous le coup de cette incapacité.

4° Il ne peut être témoin dans aucun acte solennel ou authentique, ni être admis à porter témoignage en justice, ni à servir comme juré. Il n'est pas douteux que cette incapacité s'applique au condamné à mort ou à détention perpétuelle. Pothier (tome IX, p. 34, éd. Bugnet) enseigne que le religieux mort civilement ne peut assister comme témoin à un acte où les témoins sont requis pour la solennité ; en un mot, faire aucune fonction publique. Il ajoute, cependant, que le religieux peut-être entendu comme témoin dans une enquête ou dans une information, car, dit-il, " comme ces actes n'ont d'autre objet que de découvrir la " vérité, tous ceux de qui on la peut apprendre doivent être " entendus, et par conséquent les religieux plus que les autres,

" puisque la profession religieuse ne les rend que plus dignes de " foi, par la sainteté de l'état qu'ils ont embrassé ". Il convient d'ajouter que, dans la cause des *Religieuses Hospitalières de Saint-Joseph de l'Hôtel-Dieu de Montréal v. La Banque Ville-Marie* (18 R. L., p. 249), le juge Mathieu, sans se prononcer d'ailleurs sur la question de savoir si ces religieuses sont frappées de mort civile, a jugé qu'une religieuse de l'Hôtel-Dieu de Montréal peut être témoin en justice.

5° La personne morte civilement ne peut procéder en justice ni en demandant, ni en défendant. Cette incapacité s'applique à tous les morts civils, quelle que soit la cause de cette mort. Le juge Loranger (*Commentaires*, tome Ier, n° 189) dit qu'en France, on permettait à la personne morte civilement de réclamer des aliments avec l'assistance d'un curateur. Dans la cause de *Rochon v. Leduc* (1 L. C. J., p. 252) la cour supérieure a jugé que le condamné à mort par la cour martiale en 1839, qui a obtenu le pardon de Sa Majesté le 27 janvier 1844, ne peut pas ester en jugement et ne peut pas revendiquer sa propriété. Ce jugement, en tant qu'il se rapporte à la faculté d'ester en justice, n'est pas conforme à notre droit, car le pardon fait cesser tous les effets de la mort civile (art. 38).

6° La personne morte civilement est incapable de contracter un mariage qui produise quelque effet civil. Le mariage serait valable au point de vue religieux et quant au lien, de sorte que cette personne ou son conjoint ne pourrait se remarier, mais il n'aurait aucun effet civil. Le juge Loranger (*loc.cit.*, n° 189) en conclut que les enfants nés d'un semblable mariage ne seraient pas légitimes. Pothier (*Mariage*, n° 436) paraît être d'un avis contraire. Le même auteur (*Communauté*, n° 20 et *Mariage*, n° 440) ajoute que la bonne foi de l'une des parties, qui a eu une juste cause d'ignorance de l'empêchement au mariage, peut donner des effets civils à ce mariage. Cette doctrine est conforme aux articles 163 et 164 du code civil. Je puis ajouter que Pothier dit que les enfants nés d'un mariage contracté (hors le cas de la bonne foi) par un mort civil ne sont pas *bâtards* ; il ne leur reconnaît cependant pas le droit de succession, de douaire, etc.

7° Le mariage que cette personne avait contracté précédemdemment est pour l'avenir dissous quant aux effets civils seulement, il subsiste quant au lien. Si, après la mort civile, il y a eu cohabitation entre les conjoints, cette cohabitation ne produira pas d'effets civils. Voir du reste ce que j'en ai dit sous le n° 6. Ajoutons que l'enfant conçu avant la mort civile sera légitime et pourra

réclamer tous les droits civils qui résultent du mariage. Il va sans dire que ce mariage existant quant au lien sera, comme le mariage contracté après la mort civile, sera un obstacle à un nouveau mariage.

8° Le conjoint et les héritiers du mort civil peuvent exercer respectivement les droits ou actions auxquels sa mort naturelle donnerait lieu, sauf les gains de survie auxquels la mort civile ne donne ouverture que lorsque cet effet résulte des termes du contrat de mariage. Donc, la communauté entre les conjoints sera dissoute. Dans l'ancien droit, on décidait que la femme du mort civil ne pouvait réclamer son douaire (Richer, *Mort civile*, pp. 506-509). Cela est encore notre droit, sauf le cas où la femme a stipulé ce privilège. L'article 1438 du code civil dit que le douaire coutumier ou préfix est un gain de survie qui est ouvert par la mort naturelle du mari. Rien n'empêche cependant, ajoute cet article, que le douaire ne soit ouvert et rendu exigible par la mort civile du mari, lorsque cet effet résulte des termes du contrat de mariage.

III. Epoque à laquelle commence la mort civile. — L'article 37 dit que la "mort civile est encourue à compter de la condamnation judiciaire." Sous l'ancien droit, cette question était controversée. Selon quelques auteurs, la mort civile remontait à l'instant même de la condamnation, sauf dans le cas de l'appel, où elle n'était encourue qu'à compter du jugement confirmant la sentence (Pothier, *Personnes*, titre III, sec. 2, éd. Bugnet, t. IX, p. 39). Richer, au contraire, enseignait que le condamné n'était frappé de mort civile qu'à compter de l'exécution du jugement (*Mort civile*, p. 152.) L'article 26 du code Napoléon dit que les condamnations contradictoires n'emportent la mort civile qu'à compter du jour de leur exécution, soit réelle, soit par effigie. Nos codificateurs ont adopté l'opinion de Pothier, donc la mort civile remontera au jour même de la condamnation ou de la sentence; toutefois, on ne dit pas que les effets de cette mort civile seront suspendus par l'appel, mais implicitement on affirme le contraire en disant que le mort civile est encourue à compter de la condamnation judiciaire. Bien entendu, le verdict de culpabilité rendu par le jury ne détermine pas la mort civile, il faut que la sentence ait été prononcée.

Mais que décider lorsque la sentence a été mise de côté. Je ne parle pas ici du pardon, de la remise de la peine ou de la commutation dont il sera question dans un instant. Il ne s'agit que de l'annulation de la sentence. Je crois que les effets que cette sentence aurait pu produire si elle avait été valable,

tomberont avec elle. Si la sentence est nulle, elle ne saurait produire aucun effet, et je déciderais que le condamné n'a jamais été frappé de mort civile, puisque la sentence qui aurait produit cet effet, n'a jamais eu d'existence légale.

IV. Fin de la mort civile. — L'article 38 se lit comme suit:

" Le pardon, la libération, la remise de la peine, ou sa commu-" tation en une autre qui n'emporte pas la mort civile rendent la " vie civile au condamné, mais sans effet rétroactif, à moins d'un " acte du parlement qui comporte cet effet."

Il n'était que logique, et on l'aurait décidé sans une disposition formelle, de faire cesser la mort civile avec la cause qui l'avait produite, *cessante causâ, cessat effectus.* Mais la mort civile ayant existé, sa cessation ne produira aucun effet rétroactif, et le pardon du condamné ne lui rendra pas ses biens que l'article 35 attribue au souverain dès l'instant de la condamnation. Il semblerait donc qu'il faudrait, dans ce cas, une cession expresse du souverain, pour rendre au condamné ses biens (voir Hawkins', *Pleas of the Crown*, vol. 2, book 2, ch. 37, sec. 54, p. 549).

La réserve au sujet d'un acte du parlement s'explique par le fait que le droit anglais reconnaissait deux espèces de pardon, celui que le souverain accordait par l'exercice de sa prérogative royale et celui que le parlement octroyait par une loi spéciale. Ce dernier pardon était plus ample (voir Hale's, *Pleas of the Crown*, p. 358, cité par les codificateurs). Au surplus, il était à peine nécessaire de parler de l'effet rétroactif que pouvait comporter un acte du parlement. Suivant la doctrine constitutionnelle anglaise, le parlement est omnipotent, il peut donc déclarer que le pardon ou la remise de la peine produira des effets rétroactifs, et alors les droits du gracié revivront tels qu'ils étaient avant la sentence. Cet acte du parlement, pour comporter cet effet, doit être exprès ; si ses termes sont ambigus, le doute qui en résultera s'interprétera en faveur des droits acquis. Le parlement dont il est question ici n'est autre que la législature provinciale qui seule peut porter des lois quant aux droits civils.

V. Les infâmes. — Pothier *(Traité des Personnes,* 1ère partie, titre III, section 3) parle d'un état mitoyen, entre la vie civile et la mort civile, l'*infâmie.* L'article 1231 énumère, parmi les personnes qui ne peuvent rendre témoignage en justice, " celles " qui par la loi sont réputées infâmes." Je renvoie, à mon explication de cet article, pour la définition de cet état mitoyen.]]

TITRE DEUXIEME

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

CHAPITRE PREMIER. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

§ I. — *Définition des actes de l'état civil.—Leur importance.— Aperçu historique.*

I. Définition des actes de l'état civil. — Le mot *acte* a deux sens dans la langue du droit. Il signifie :

1° Ce qui s'est passé, *quod actum est*, un fait ou une action de l'homme ;

2° L'écrit rédigé pour raconter ce fait, cette action ou cet événement, afin d'en établir la preuve au cas où son existence deviendrait l'objet d'un litige.

Ainsi, les mots *acte de vente* signifient tantôt la vente elle-même, tantôt l'écrit qui en constate l'existence (1).

Dans le titre que nous avons à étudier, l'*acte* est toujours l'écrit qui a été rédigé pour constater un certain fait.

—L'*état* est la condition d'une personne dans la société, en tant qu'elle est majeure ou mineure, émancipée ou non, interdite ou non, mariée ou non mariée, enfant légitime ou naturel, [[religieuse ou personne qui n'a pas prononcé des vœux solennels,]] vivante ou morte. Ces conditions ou qualités sont la source de nos droits et de nos devoirs ; et, comme elles sont diverses, divers sont les droits et les devoirs qui en dérivent. Ils naissent, se modifient et s'éteignent avec elles.

Elles ont elles-mêmes leur source dans certains événements, [[dont voici ceux qui nous occupent]] : la *naissance*, le *mariage*, [[la *profession religieuse*,]] la *mort*. Ces événements doivent être relatés, racontés dans des écrits ou procès-verbaux, rédigés par un officier public institué à cet effet.

Ces écrits ou procès-verbaux, dans lesquels sont relatés les

---

(1) Voy. l'art. 645 [[pour un exemple des deux sens du mot *acte*.]]

événements d'où dérivent les qualités qu'une personne peut avoir dans l'ordre civil ou privé, s'appellent *actes de l'état civil.*

Les actes de l'état civil sont donc : *les écrits où sont constatés, par un officier public institué à cet effet, les événements qui constituent l'état civil ou privé d'une personne.*

La loi a prescrit des registres pour les quatre événements qui marquent principalement la vie de l'homme, savoir : sa naissance, son mariage, son décès. [[Nous avons également des registres d'actes de profession religieuse]]. Mais on n'y mentionne ni l'émancipation, ni la séparation de corps, ni l'interdiction. On a craint, sans doute, de surcharger la tenue des registres, et de rendre ainsi plus difficile la recherche des quatre événements auxquels ils sont destinés.

L'émancipation est constatée sur les registres du greffe de la [[cour supérieure]]. Quant aux qualités passives résultant d'un jugement, telles que la qualité d'interdit, d'époux séparé de corps, elles sont constatées par les registres des greffiers des tribunaux. [[Il y a également des tableaux où l'on inscrit les interdictions et les séparations de corps.]]

II. Importance des actes de l'état civil. — *L'acte de naissance* sert à établir :

1° L'*âge* des personnes ; or, il existe dans notre droit, et en grand nombre, des facultés ou prérogatives dont l'exercice n'est permis qu'à tel ou tel âge (voy. à ce sujet les art. [[115, 119, 244, 246, 274, 315, 604, 605, 763, 833]]. Lorsqu'on se met en relation d'affaires avec une personne, il importe de savoir si elle est majeure ou mineure, c'est-à-dire capable ou incapable ; on peut, à cet effet, lui demander un extrait de son acte de naissance, ou, lorsqu'on craint de la blesser par cette marque de méfiance, s'en faire délivrer un par le dépositaire public des actes de l'état civil.

2° La *filiation* des personnes qui se prétendent enfants légitimes ; mais il faut alors qu'il soit établi que l'acte de naissance qu'elles invoquent se rapporte bien à elles (art. 228).

3° La *légitimité* de l'enfant né dans les trois cents jours après la mort du mari de sa mère *(a).*

— L'*acte de mariage* sert à établir :

(*a*) L'article 315 du code Napoléon déclare que la légitimité de l'enfant né après le trois centième jour de la dissolution du mariage pourra être contestée. Aux termes de l'article 227 de notre code cet enfant est tenu pour illégitime.

1° Le mariage lui-même (art. 159), et, par suite, les devoirs dont les époux sont tenus entre eux et envers leurs enfants ;

1° La légitimité des enfants nés ou conçus pendant le mariage (art. 228) ;

3° L'état d'incapacité de la femme mariée, et l'hypothèque légale qu'elle a pour la garantie de ses droits pécuniaires sur les biens de son mari (art. 176 et 2029). On voit d'après cela combien il importe de savoir si la personne avec laquelle on entre en relation d'affaires est ou non mariée. Une femme me propose de lui prêter une somme d'argent, de me vendre sa maison ou d'acheter la mienne. Est-elle *veuve* ou *fille majeure*, je puis traiter avec elle en toute sécurité : car elle est pleinement capable. Est-elle mariée, elle est incapable de traiter valablement sans l'autorisation de son mari ou de la justice ; à moins donc qu'elle ne se mette en règle, je dois, si je suis prudent, refuser de traiter avec elle.—Paul veut m'emprunter une somme d'argent : quel intérêt ai-je à savoir qu'il est ou qu'il a été marié ? Un très grand ! car sa femme a sur ses biens une hypothèque occulte dont l'existence pourrait m'être funeste, si je prêtais sans garantie la somme qui m'est demandée *(a)*.

— L'*acte de* [[*sépulture*]] détermine :

1° Le jour à partir duquel une personne cesse d'être capable d'acquérir des droits et, par exemple, les successions qui s'ouvriraient à son profit si elle vivait encore (art. 608).

2° Le jour de l'ouverture de sa propre succession, et, par conséquent, l'époque à laquelle il faut se placer pour apprécier la capacité de ceux de ses parents qui se présentent comme héritiers (art. 601, 608).

3° Le moment de la dissolution de son mariage, et, par suite, l'époque où son conjoint devenu veuf sera libre de contracter un nouveau mariage (voy., en outre, les articles 118, 227, 479, 779, 1755).

III. Aperçu historique. — L'institution des actes de l'état civil est due à François Ier. Au moyen-âge, le clergé constatait, dans des registres, les baptêmes, mariages et sépultures. Ces actes, fort irrégulièrement tenus, n'eurent, à l'origine, d'autre but que d'assurer l'exécution des lois canoniques ou religieuses. Aussi ne les considérait-on point comme des actes authentiques susceptibles de faire pleine foi en justice. Lorsque l'état civil d'une

---

(*a*) Il n'est pas exact de dire, dans notre droit, que cette hypothèque soit *occulte*. Au contraire, elle n'affectera que les immeubles décrits dans un avis qui en requiert l'enregistrement (art. 2026).

personne était contesté, on recourait, à défaut de preuve par écrit, à la preuve testimoniale.

François Ier, par sa fameuse ordonnance de Villers-Cotterets (1539), voulut que ces actes fissent, *mais pour deux cas seulement*, pleine foi des événements qui y étaient relatés.

Pour deux cas seulement...... c'est-à-dire : 1° pour la naissance de toute personne ; 2° pour le décès des ecclésiastiques tenant bénéfices, collèges ou monastères.

On voit les lacunes de cette ordonnance. Elle prescrit : 1° pour la naissance toute personne, 2° pour le décès des personnes investies d'un bénéfice, la tenue d'un registre destiné à faire preuve en justice, de la naissance ou du décès ; mais elle ne s'occupe ni du décès des personnes qui ne tiennent pas bénéfices, ni de leur mariage.

Cette différence entre les *naissances* et les *mariages* est inexplicable. Quant à la distinction qui fut faite entre les personnes qui étaient et celles qui n'étaient pas munies de bénéfices, elle s'explique historiquement. Voici ce qui y donna lieu. Sous l'empire de la *Pragmatique sanction* (1), ce n'était ni le roi ni le pape qui nommait les évêques : la nomination se faisait *par élection*. Cette pratique fut suspendue sous Louis XI. François Ier, qui la supprima tout à fait, remplaça l'élection par un autre mode de nomination : le roi présentait le candidat qu'il choisissait pour évêque, et le pape le nommait sur cette présentation. Toutefois un article du Concordat de 1516 réservait au pape le droit de *prévention*, c'est-à-dire le droit de nommer directement et sans attendre la présentation. Ce droit devint bientôt un abus. Lorsqu'un évêque muni d'un riche bénéfice était sur le point de mourir, les ecclésiastiques qui convoitaient son héritage avaient près de lui des affidés qui, lorsqu'il mourait, avaient soin de tenir sa mort secrète pendant qu'ils en donnaient de suite avis à leurs patrons. Ceux-ci se hâtaient d'expédier un courrier à Rome, afin d'obtenir du pape leur nomination avant qu'il fût lié par la présentation du candidat que le roi préférait. Ce fut pour mettre un terme à cet abus que François Ier ordonna qu'on inscrivît sur un registre public, et sans délai, la mort de tous les ecclésiastiques investis de bénéfices.

— Les registres prescrits par cette ordonnance devaient être signés par un membre du chapitre et par un notaire, puis déposés, à la fin de l'année, au greffe du bailliage.

(1) *Pragmatique Sanction* de saint Louis (1269), étendue par celle de Charles VII ou de Bourges (1438).

L'ordonnance de Blois (Henri III, mai 1579) combla les lacunes de l'ordonnance de Villers-Cotterets : elle enjoignit aux curés et vicaires, afin d'éviter les preuves par témoins qu'on était souvent contraint de faire en justice, de tenir registre des naissances, mariages et décès de toute personne *(a)*.

[[Les dispositions des ordonnances de Villers-Cotterets et de Blois sont la source de l'article 291 de la coutume de Paris, article qui fut ajouté lors de la réformation de cette coutume vers 1580. Cet article se lit comme suit :

" Sont aussi tenus les curés et vicaires généraux de porter et " faire mettre de trois mois en trois mois, ès greffes comme ci- " dessus, les registres des baptêmes, mariages, testaments et sépul- " tures, sous peine de tous dépens, dommages et intérêts. Et " pour ce ne doivent rien payer au greffe."]]

— Les ordonnances de Villers-Cotterets et de Blois n'avaient point réglementé la tenue ou rédaction des registres : ainsi elles n'indiquaient ni les énonciations qui devaient y être insérées, ni les personnes qui devaient être appelées. Ce point fut réglé par une ordonnance de Louis XIV, en 1667. Elle prescrivit de mentionner dans les actes d'inhumation le temps du décès, et dans les actes de baptême le temps de la naissance. Elle voulut, en outre, que les registres fussent tenus doubles, mais par *original* et par *copie*. Louis XV, par sa [[déclaration]] du 9 avril 1736, exigea deux *originaux*, dont l'un devait rester à la paroisse, tandis que l'autre était déposé au greffe du bailliage *(b)*.

[[Tel fut le droit canadien lors de la cession du pays à l'Angleterre. On y tenait des registres de baptêmes, mariages et sépultures, ainsi que de profession religieuse conformément aux dispositions législatives citées plus haut. Ces dispositions, cependant, ne visaient que les catholiques ; depuis la révocation de l'édit de Nantes, les protestants n'avaient point de registres. Toutefois, malgré les modifications apportées dans la situation de la colonie

(*a*) L'auteur a cité le texte de l'art. 181 de cette ordonnance à la page 190 de son *Droit paroissial*.

(*b*) Cette déclaration ne fut pas enregistrée au greffe du conseil souverain de Québec, mais la législature du Bas-Canada l'a considérée comme ayant, malgré ce défaut, pleine force et vigueur, car, par le statut 35 Geo III, ch. 4, art. 15, certaines dispositions de cette déclaration ont été abrogées. Le juge Loranger, *Commentaire sur le code civil*, t. Ier, p. 417, dit cependant que le conseil souverain a pu ordonner l'exécution de cette déclaration sans l'avoir enregistrée. Il croit en voir la preuve à l'arrêt du conseil du 12 juin 1741. Il n'est aucun doute que notre loi actuelle est fondée tant sur cette déclaration que sur l'ordonnance de 1667.

par le changement de régime et l'arrivée d'un grand nombre de protestants, on ne paraît avoir adopté aucune nouvelle disposition pour faire face au nouvel état de choses. Au contraire, on semble avoir étendu, dans leur application, les dispositions des ordonnances de manière à en faire bénéficier les congrégations protestantes. En 1795, nous trouvons la première loi émanant du nouveau régime sur la tenue des régistres, c'est le statut 35 Geo III, c. 4. Cette loi confirma et valida certains registres qui avaiet été tenus d'une manière informe pour certaines églises protestantes, notamment ceux tenus pour la congrégation protestante de *Christ Church* à Montréal. Elle porta qu'il serait à l'avenir tenu, dans chaque église paroissiale de cette province de la communion catholique romaine, et aussi dans chaque église protestante ou congrégation, deux régistres de la même teneur, chacun desquels serait réputé authentique. Codifié subséquemment dans le chapitre 20 des Statuts refondus pour le Bas-Canada, ce statut est devenu, avec peu de modifications, le titre II du code civil.

Avant le code, quand il s'agissait de communautés chrétiennes, on ne parlait que des actes de *baptême*, et non des actes de *naissance*. Maintenant le code dit acte de *naissance* dans tous les cas. Même on peut dire qu'il distingue implicitement entre l'acte de *naissance* et l'acte de *baptême*, car l'article 54 dit que l'acte de naissance énoncera le jour du baptême "s'il a lieu." Le législateur est, cependant, allé encore plus loin dans cette direction. En effet, par un amendement récent, on lit maintenant, à l'article 53*a*, une disposition qui déclare que le père, ou la mère, lorsque le père est absent ou décédé, qui n'a pas fait baptiser l'enfant, ou qui, s'il s'agit de personnes d'une croyance autre que celle des catholiques romains, n'a pas fait enregistrer la naissance de cet enfant par des personnes autorisées à tenir registres des actes de l'état civil, — est tenu de faire enregistrer cette naissance dans les quatre mois d'icelle, au bureau du secrétaire-trésorier ou du greffier de la municipalité ou cité de son domicile, ou chez le juge de paix le plus proche. Cependant, quoique ces personnes soient *tenues* de faire cet enregistrement, elles ne s'exposent à aucune pénalité en négligeant de l'effectuer.

Je parlerai plus loin des dispositions spéciales de notre droit sur ce sujet.]]

§ II. — *Des personnes qui figurent dans les actes de l'état civil.*

Trois classes de personnes concourent ordinairement à leur rédaction : un *officier public*, des *témoins*, des *déclarants*. Dans certains cas, la présence des *parties* est nécessaire.

I. De l'officier public. — C'est lui qui rédige l'acte, en présence des témoins, et sur les déclarations qui lui sont faites par les déclarants. Il constate, en outre, *de visu*, certains faits qui se passent devant lui.

L'officier public chargé de cette rédaction est, dans chaque [[église, congrégation ou société religieuse, le curé, vicaire, prêtre ou ministre desservant ces églises, congrégations ou sociétés religieuses (art. 44) ou, dans le cas de l'article 53*a*, le secrétaire-trésorier, greffier ou juge de paix. Des registres sont également tenus dans chaque communauté religieuse où l'on prononce des vœux solennels (art. 70)]] *(a)*.

II. Des témoins. — Le rôle qu'ils jouent dans la rédaction de l'acte de l'état civil est double : 1° ils certifient l'identité des déclarants et la sincérité de leurs déclarations ; 2° ils corroborent et fortifient le témoignage de l'officier public : la fraude, en effet, n'est pas facile lorsqu'il faut la pratiquer à l'insu de plusieurs surveillants ou avec leur complicité.

[[Dans les actes de naissance, ou plutôt de baptême, la loi n'exige pas qu'il y ait des témoins ; l'article 54 dit que ces actes sont signés par les parrains et marraines, *s'il y en a*. Aucune mention de témoins n'est faite à l'article 53*a* quant à l'enregistrement des naissances au bureau du secrétaire-trésorier ou du greffier. Au contraire, dans l'acte de mariage, il faut au moins deux témoins (art. 64). L'article 67 déclare que l'acte de sépulture est signé par deux des plus proches parents ou amis qui y ont assisté. L'acte de profession religieuse est également signé par deux des plus proches parents ou amis qui y ont assisté (art. 72).]]

III. Des déclarants. — Les déclarants sont des personnes qui, étant instruites des faits qui doivent être constatés dans l'acte, les

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, t. Ier, n° 229, fait observer que la compétence de l'officier de l'état civil est territoriale et non personnelle ; l'officier compétent est donc celui du lieu où l'acte est dressé et non celui du domicile des parties. Il faut cependant remarquer que le plus souvent les parties ne peuvent à leur gré choisir le lieu où ils feront constater les actes de leur état civil. Ce lieu est généralement celui du domicile.

déclarent à l'officier public, afin qu'il le rédige d'après leurs déclarations.

[[Rien n'exige que ces déclarants, qu'il ne faut pas confondre avec les témoins, soient mâles et âgés de vingt et un ans.]] Ainsi, la naissance d'un enfant peut être déclarée par une femme, et même par un mineur, s'il a, d'ailleurs, assez de discernement pour faire une déclaration digne de confiance.

— Les personnes que l'acte intéresse peuvent même être déclarants. Ainsi, une naissance peut être déclarée par le père de l'enfant.

IV. Des parties. — Les parties sont les personnes dont l'état fait l'objet de l'acte à rédiger (les époux, lorsqu'il s'agit du mariage), ou celles que le fait à constater intéresse (le père de l'enfant dans l'acte de naissance, ou les parents les plus proches du défunt, dans les actes de sépulture).

Les actes de naissance ou de sépulture peuvent être reçus en l'absence des parties ; et, quand elles y assistent, elles peuvent comparaître en personne ou par un mandataire qui les représente. Le mandataire qui comparaît pour elles doit être muni d'une procuration *spéciale*, c'est-à-dire portant mention expresse que le mandataire est autorisé à représenter le mandant dans l'acte dont il s'agit et qu'elle désigne (art. 40).

[[En France, la procuration doit, en outre, être authentique, c'est-à-dire notariée. Cette exigence n'existe pas dans notre droit. Nous reviendrons sur cette question.]]

L'article 40 suppose que les parties sont quelquefois obligées de se présenter *en personne*. Mais dans quels cas leur présence est-elle nécessaire ? [[Le code ne répond pas expressément à cette question, mais je puis dire, pour le moment, sauf à revenir sur la question, que la présence des parties est requise pour le mariage, car on ne peut se marier par procuration. L'article 72 exige également la présence de la personne qui fait profession religieuse.

A cause des dispositions spéciales de notre code civil, je vais maintenant commenter succinctement les articles du chapitre premier de ce titre qui porte le titre de *Dispositions générales*. Je reproduirai le texte de Mourlon chaque fois que la chose sera possible.

§ III.—*Dispositions particulières du code civil du Bas-Canada sur les actes de l'état civil.*

I. Personnes qui tiennent les registres de l'état civil. — L'article 42 se lit comme suit :

42. *(Tel qu'amendé par l'art.* 5777 *S. R. P. Q.)* — " Les " actes de l'état civil sont inscrits sur deux registres de la même " teneur, qui sont tenus pour chaque église paroissiale catholique, " pour chaque église, chapelle particulière ou mission catholique, " et pour chaque église ou congrégation protestante, ou autre " société religieuse, légalement autorisée à tenir tels registres, " chacun desquels est authentique et fait également foi en " justice ".

L'article 44 ajoute que " les registres sont tenus par les curés, " vicaires, prêtres ou ministres desservant ces églises, congrégations " ou sociétés religieuses, ou par tout autre fonctionnaire à ce autorisé.

" Dans le cas d'une église, chapelle particulière ou mission " catholique, ils sont tenus par tout prêtre autorisé, par le pouvoir " ecclésiastique compétent, à célébrer le mariage ou le baptême " et faire la sépulture " *(a)*.

Maintenant que j'ai cité ces textes du code, je ferai une division naturelle du sujet en parlant des registres tenus pour les catholiques, pour les protestants et pour les juifs.

1° *Les Catholiques.*—Malgré la généralité des termes de l'article 42 quant aux chapelles particulières, il faut, du moins dans le cas des registres tenus pour les catholiques, ne l'entendre, dans la pratique, que comme autorisant la tenue des registres dans les églises où l'on dessert un territoire défini, soit une paroisse ou une mission. L'autorisation du pouvoir ecclésiastique compétent, dont parle l'article 44, ne s'accorde que dans ce cas. Les autres églises où l'on n'exerce pas de fonctions curiales ne tiennent pas les registres de l'état civil.

On niait autrefois aux missions catholiques et même aux paroisses non érigées civilement le droit de tenir des registres. Le juge Baudry *(b)* prétendait que ces registres ne pouvaient être tenus que dans les paroisses érigées canoniquement et civilement, et par les curés de ces paroisses, et il citait, à l'appui de sa thèse, une décision du protonotaire de Montréal dans ce sens. Il y a, au même effet, un jugement du juge Mackay dans une cause *Ex*

(*a*) Je cite cet article d'après l'amendement de l'art. 5779 S. R. P. Q.

(*b*) *Code des Curés*, pp. 106 et suivantes.

parte Mercier, requérant authenticité de registres pour la paroisse canonique de St-Jacques-le-Majeur *(a)*. Il n'est pas nécessaire, aujourd'hui, d'entrer dans le mérite de cette question *(b)*, car la législature de la province de Québec est intervenue dans le débat et l'a tranché définitivement par le statut 36 Vic., ch. 16. Voici ce que dit le premier article de ce statut :

1. " Tout prêtre catholique romain autorisé par l'autorité " ecclésiastique compétente à célébrer le mariage, administrer le " baptême ou faire les obsèques, pour aucune église, chapelle " particulière, ou dans aucune mission, aura droit de tenir des " registres de l'état civil, pour telle église, chapelle ou mission, et " sera censé et considéré autorisé à tenir les dits registres et à les " avoir numérotés, paraphés et certifiés, conformément à la loi. "

Depuis la passation de ce statut, il n'y a donc plus aucun doute sur la matière. Le curé de toute paroisse érigée canoniquement et civilement, ou seulement canoniquement, le prêtre desservant toute mission, en un mot, tout prêtre autorisé par l'évêque à célébrer le mariage, administrer le baptême ou faire les obsèques pour toute église ou chapelle particulière, est par là même autorisé à tenir des régistres (*c*). La loi reconnaît comme compétents les prêtres que l'Ordinaire autorise à remplir ces fonctions *(d)*.

Cependant, dans le cas d'une église, chapelle particulière, ou mission, le prêtre autorisé par l'Ordinaire à célébrer le mariage ou le baptême et à faire la sépulture ne peut obtenir ces registres, ou plutôt l'attestation du juge ou du protonotaire qui leur donne l'authenticité, qu'en exhibant à ce fonctionnaire de l'État, le certificat d'autorisation de l'évêque. Le registre lui est alors accordé,

---

(*a*) 2 *Revue critique*, p. 444.

(*b*) Le lecteur qui veut se rendre compte du débat pourra cousulter le mémoire de M. Pagnuelo dans la cause de *Ex parte* Mercier, 2 R. C., p. 431, et les *Etudes sur la liberté religieuse en Canada* du même, pp. 362 et suivantes.

(*c*) Dans la pratique, on entend une église où l'on dessert un territoire délimité par l'autorité compétente. La cathédrale du diocèse n'est pas une exception à cette règle, — il est inutile de parler de sa juridiction territoriale, ce qui n'entre pas dans le cadre de ces études,—car des lois spéciales, que je citerai plus loin, permettent la tenue de registres de l'état civil dans certaines cathédrales.

(*d*) L'art. 44 du code civil, que j'ai cité plus haut, d'après l'amendement des statuts refondus de la province de Québec, est maintenant rédigé en ce sens. Il dit que les registres sont tenus par les curés, vicaires, prêtres, ministres, desservants des églises, etc. Ces registres ne sont réellement tenus que par le curé, mais comme je le dirai, le vicaire peut y inscrire des actes.

dit l'article 45 du code civil, sous le nom désigné dans le certificat d'autorisation donné par l'évêque, son grand-vicaire ou l'administrateur du diocèse. Ainsi l'évêque, en formant une mission, lui donne un nom, et c'est ce nom qui doit figurer dans l'attestation du juge ou du protonotaire inscrit en tête du registre.

Par un statut spécial, le 24 Vic., ch. 28, art. 4, il est déclaré que l'évêque catholique romain de Montréal, ou tout autre prêtre étant membre du chapitre ou desservant la cathédrale catholique romaine en la cité de Montréal, pourra tenir des registres des mariages, baptêmes et sépultures célébrés dans cette cathédrale, quand elle ne sera pas l'église paroissiale, de la même manière et au même effet que si la cathédrale était une succursale de la dite église paroissiale (*a*). Un semblable statut, le 25 Vic., ch. 16, art. 15, donne, aux évêques de St Hyacinthe et de Trois-Rivières, le pouvoir de tenir des registres des baptêmes, mariages et sépultures dans leurs cathédrales. Je n'ai pas pu trouver d'autres statuts analogues pour les autres évêchés du pays, probablement parce que l'église paroissiale de la ville épiscopale est en même temps la cathédrale du diocèse *(b)*. On remarquera, quant aux évêques des diocèses de Montréal, de Trois-Rivières et de St-Hyacinthe, que le législateur leur donne la faculté de tenir des registres, mais ne leur impose pas obligation. S'ils profitent de cette faculté, ils doivent se conformer aux autres dispositions de la loi au sujet de l'authenticité des registres.

Voilà pour la tenue des registres dans les églises catholiques. Il ne peut exister aucun doute sur ce sujet ; le législateur a déterminé ces églises d'une manière certaine et l'organisation paroissiale catholique en ce pays forme un système complet. Chacune de ces églises dessert un territoire délimité avec soin et les catholiques qui résident en ce territoire doivent s'adresser à leur curé pour les actes de l'état civil qui les concernent.

2° *Les Protestants.*—La même certitude n'existe pas quant aux églises non catholiques, qui n'ont pas la même organisation parois-

---

(*a*) Lors de la passation de cette loi, on n'admettait la tenue des registres que dans l'église paroissiale ou dans la *succursale* de cette église. Ainsi que je l'ai dit, la disposition actuelle de la loi a bien plus d'étendue.

(*b*) On peut ajouter, cependant, que puisqu'aux termes du statut 36 Vic., 16, cité ci-dessus, tout prêtre *autorisé par l'évêque* à administrer le baptême, célébrer le mariage ou faire les obsèques, pour aucune église, peut tenir des registres, à plus forte raison l'évêque lui-même, qui donne cette autorisation, peut le faire.

Ces passages sont empruntés à mon *Droit paroissial*, pp. 191-3.

siale que l'Église catholique. Le législateur définit, dans l'article 5499 S. R. P. Q., le terme "église ou congrégation protestante" dont se sert l'article 42 du code civil. "Les églises ou congré-"gations protestantes dont il est question dans l'article 42 du code "civil", dit-il, "embrassent toutes les églises et congrégations en "communion avec l'Église d'Angleterre ou d'Écosse, ainsi que les "différentes communautés et dénominations religieuses de la pro-"vince mentionnées dans les statuts spéciaux qui les concernent, "et les prêtres et ministres d'icelles qui peuvent validement célé-"brer les mariages et obtenir et garder des registres de l'état civil, "sujet aux dispositions de ces mêmes actes, en rapport avec cha-"cune d'elles respectivement."

Dans l'article 5499 S. R. P. Q., il n'est question nommément que de l'Église d'Angleterre et de l'Église d'Écosse. Pour les autres églises ou sociétés religieuses, le législateur se contente de référer aux lois spéciales qui s'occupent de ces églises ou sociétés. L'article 17 du chapitre 20 des Statuts refondus pour le Bas-Canada, qui, avec l'article 16 de ces statuts refondus, est indiqué comme étant la source de l'article 5499 S. R. P. Q., donne une liste des statuts spéciaux qui se rapportaient, à la date des Statuts refondus pour le Bas-Canada, aux sociétés religieuses protestantes et autres. Cet article ajoutait que ces sociétés religieuses pouvaient validement célébrer les mariages et obtenir et garder des registres, sujet aux dispositions des actes mentionnées en rapport avec chacune d'elles respectivement, tout comme si ces communautés et dénominations étaient nommément désignées.

Voici la liste de ces lois *(a)*:

Pour la congrégation religieuse, à Montréal, appelée "Baptistes," l'acte de la législature du Bas-Canada, 3 Guillaume IV, chapitre 29.

Pour les sociétés congrégationnelles du Bas-Canada, l'acte de la même législature, 4 Guillaume IV, chapitre 19.

Pour les Baptistes volontaires, dans le *township* de Stanstead, l'acte de la même législature, 4 Guillaume IV, chapitre 20.

Pour les Juifs, l'acte de la même législature, 9 George IV, chapitre 75 *(b)*.

Pour les Méthodistes protestants, en rapport avec la conférence

---

(*a*) Je donne cette liste suivant l'ordre indiqué à l'art. 17 du chapitre 20, S. R. B. C.

(*b*) Je parlerai spécialement de cette loi et de l'organisation religieuse des juifs plus loin.

Méthodiste protestante, dans le *township* de Dunham, l'acte de la même législature, 6 Guillaume IV, chapitre 50.

Pour les Méthodistes de la nouvelle connexion, et pour les ministres de cette secte y mentionnés, l'acte ou ordonnance de la même législature, 2 Victoria, chapitre 17.

Pour la congrégation religieuse, à Montréal, appelée "Presbytériens", l'acte de la même législature, 1 Guillaume IV, chapitre 56.

Pour la congrégation, dans le *township* de Hull, appelée "Presbytériens", l'acte de la même législature, 3 Guillaume IV, chapitre 28.

Pour les membres des sociétés Calvinistes et Baptistes volontaires, et pour les membres des sociétés Universalistes, l'acte de la même législature, 6 Guillaume IV, chapitre 49.

Pour les membres de l'église dissidente d'Ecosse, l'acte de la même législature, 3 Guillaume IV, chapitre 27.

Pour la société religieuse appelée "Congrégation des Universalistes", dans le *township* d'Ascot et les *townships* voisins, l'acte de la même législature, 4 Guillaume IV, chapitre 21.

Pour les ministres Méthodistes Wesleyens en rapport avec la conférence des Méthodistes, dans la Grande-Bretagne, l'acte de la même législature, 9 Guillaume IV, chapitre 76, tel qu'amendé par l'acte de la législature du Canada, 13-14 Victoria, chapitre 47.

Pour la congrégation des chrétiens Unitaires, à Montréal, l'acte de la législature du Canada, 8 Victoria, chapitre 35.

Pour le Synode Presbytérien-Uni de l'Amérique du Nord, communément appelé "dissidents", l'acte de la même législature, 9 Victoria, chapitre 54.

Pour les dénominations chrétiennes connues respectivement sous le nom d'Eglise Presbytérienne du Canada, ou Synode Presbytérien-Uni en Canada, et pour l'Eglise Presbytérienne Réformée, l'acte de la même législature, 16 Victoria, chapitre 216.

Pour la conférence du Second Adventist, dans le Canada Est, l'acte de la même législature, 16 Victoria, chapitre 217.

Pour l'Eglise Luthérienne Évangélique, l'acte de la même législature, 18 Victoria, chapitre 58.

Pour l'Eglise Évangélique Allemande, à Montréal, l'acte de la même législature, 18 Victoria, chapitre 59.

Pour l'Eglise de la comtesse d'Huntington, l'acte de la même législature, 20 Victoria, chapitre 194.

Pour l'Eglise Méthodiste Episcopale en Canada, l'acte de la même législature, 20 Victoria, chapitre 214.

Pour les Quakers, l'acte de la dite législature, 23 Victoria,

chapitre 11, lequel confirme aussi les mariages entre Quakers, célébrés conformément aux rites, us et coutumes de la société.

Dans les statuts subséquents aux Statuts refondus pour le Bas-Canada, je trouve les actes suivants, ce qui complète la liste que j'ai tenté de faire.

Pour les ministres de l'Eglise s'appelant "l'Eglise Catholique Apostolique" en la province de Québec, l'acte de la législature de la province de Québec, 31 Victoria, chapitre 55.

Pour "L'Eglise Presbytérienne du Canada", l'acte 38 Victoria, (Qué.), chapitre 62, article 7.

Pour "L'Eglise Universaliste de la province de Québec", le statut 40 Victoria (Qué.), chapitre 55, articles 7 et 8.

Pour l'église s'appelant *The Reformed Episcopal Church in Canada*, le statut 41 Victoria (Qué.), chapitre 39.

Pour l'église connue sous le nom de *Scandinavian Church* dans la province de Québec, le statut 42-43 Victoria (Qué.), chapitre 68.

Pour "l'église Méthodiste," l'acte 47 Victoria (Qué.), chapitre 50, article 5.

Il y a dans la jurisprudence quelques arrêts sur ce sujet, auxquels le lecteur pourra référer. On trouve trois causes, *Ex parte Spratt* (Stuart's Repts p. 90), *Spratt & The King* (même recueil, p. 304) et *Ex parte Clugston* (même recueil, p. 448), qu'il n'est pas nécessaire de citer, pour la raison que la loi indique suffisamment aujourd'hui quelles églises protestantes peuvent tenir des registres.

3° *Les Juifs.*— L'organisation légale des juifs, comme communauté religieuse en cette province, date de 1829, mais le projet de loi, passé cette année, ayant été réservé pour la signification du bon plaisir de Sa Majesté, il n'entra en vigueur, à la suite de la sanction royale, que le 18 janvier 1831. Il est nécessaire de donner un court résumé de cette loi, connue sous le nom de 9 et 10 George IV, ch. 75, avant d'en venir aux dispositions qui réglementent la tenue des registres des actes de l'état civil pour les juifs.

L'article 1er de ce statut dit que les protonotaires de la cour du Banc du Roi des districts de Québec, de Montréal et de Trois-Rivières ouvriront et tiendront un registre dans lequel toute personne professant la religion judaïque, résidant dans le district où le registre est tenu, et qui est sujet britannique et âgé d'au moins 21 ans, pourra faire inscrire son nom, son âge, sa profession ou son métier et le lieu de sa résidence. Lorsqu'il y a au moins quinze personnes d'enregistrées, le juge de la cour du Banc du Roi

ou le juge provincial *(a)*, sur requête de sept d'entre eux, convoque une assemblée publique des persónnes qui ont fait enregistrer leur noms et désigne un juge de paix pour présider l'assemblée et en faire rapport (art. 2). Cette assemblée choisit cinq personnes parmi celles qui ont fait enregistrer leurs noms, comme syndics (art. 3), et ces syndics élisent un président ainsi qu'un secrétaire et un trésorier (art. 4). Le protonotaire entre au registre le rapport de cette assemblée, ainsi que les noms des syndics, lesquels ne restent en charge que cinq ans. Le remplacement des syndics est enregistré de la même manière (art. 5). Ces syndics peuvent acquérir, dans toute partie du district, un terrain qui ne doit pas excéder cinq arpents en superficie ; sur ce terrain, ils peuvent faire un cimetière, et y bâtir une synagogue et une résidence pour leur ministre (art. 6).

Ces formalités accomplies, la communauté peut avoir des registres. L'article 7 dit que " tout ministre de la religion " judaïque, agissant comme tel en cette province, ayant préala- " blement obtenu une licence à cet effet du gouverneur, lieute- " nant-gouverneur ou de la personne ayant l'administration du " gouvernement pour le temps d'alors, tiendra un régistre en " *duplicata* de tous actes de mariage et de toutes naissances et " sépultures, qui auront lieu devant lui, et dont il sera requis de " faire l'enregistrement dans tel registre par aucune personne " professant la religion judaïque ". Cet article rend applicables à cette tenue de registres toutes les dispositions du statut 35 Geo III, ch. 4, dont il a été question ci-dessus *(b)*, et ajoute : " Pourvu " qu'avant qu'un ministre de la religion judaïque soit admis à " tenir un registre tel que sus-mentionné, il sera tenu de présenter " une pétition au gouverneur, lieutenant-gouverneur, ou à la " personne administrant le gouvernement pour le temps d'alors, " laquelle sera signée par le président et les syndics du district " pour lequel il devra agir, mentionnant son nom et sa qualité et " demandant qu'il lui soit accordé une licence pour tenir un " registre pour le district y mentionné, et il sera et pourra être " loisible au gouverneur, lieutenant-gouverneur ou à la personne " administrant le gouvernement pour le temps d'alors, d'accorder " les conclusions de la pétition s'il le juge à propos, et d'émaner " sa licence sous son seing et sceau au dit pétitionnaire pour

---

(*a*) C'étaient les autorités judiciaires de l'époque.

(*b*) *Supra*, p. 166.

" avoir et tenir des registres pour les fins susdites, nonobstant " aucune loi, usage ou coutume à ce contraire ".

L'article 10 donne l'authenticité à ces registres et aux extraits qui en sont faits, et l'article 11 rend les ministres de la religion juive passibles des pénalités pourvues au statut 35 Geo III, ch. 4, dans les cas mentionnés à ce statut.

Cette législation concernant les juifs est assez spéciale. Elle ne prévoit pas la formation de plus d'une congrégation juive par district. Aussi le juge Pagnuelo a-t-il décidé, dans la cause de *Ex parte* Louis Aronson (18 R. L., p. 55), qu'une congrégation juive ayant été formée sous le statut 9-10 Geo. IV, ch. 75, il n'en peut être formée une nouvelle.

Il y a des endroits, on me nomme, par exemple, la cité de Québec, où aucune congrégation juive n'a été formée et, où, par conséquent, il n'y a personne qui ait le pouvoir de tenir des registres de l'état civil pour les juifs. Cependant, ceux qui font profession de cette religion en ces endroits sont desservis, me dit-on, par des ministres ou rabbins *(a)* qui sont autorisés par leur église, et non par la loi, à célébrer des mariages et à présider aux inhumations. Toutefois, nulle congrégation régulière juive n'étant constituée d'après la loi, ces rabbins ne peuvent tenir des registres de l'état civil. C'est pour rencontrer le cas des juifs de Québec, que la législature a adopté en 1894 le statut 57 Vict., ch. 44 *(b)*. Ce statut ajoute, au code civil, un article qui porte le numéro 53*b*. Je le cite immédiatement, vu que nous parlons maintenant des juifs.

53*b*. — " Toute personne compétente à célébrer un mariage ou " à présider à une inhumation, qui n'est pas autorisée à tenir " registre des actes de l'état civil, doit dresser aussitôt, conformé- " ment aux dispositions du code civil, un acte de tout mariage " qu'elle célèbre ou de toute inhumation à laquelle elle préside et " le transmettre, avec une déclaration solennelle en attestant " la vérité, dans les trente jours du mariage ou de l'inhumation, " au protonotaire du district où le mariage a été célébré ou dans " lequel l'inhumation a eu lieu."

Le statut ajoute que cette loi s'appliquera à tout mariage et à toute sépulture qui ont eu lieu depuis l'année mil huit cent soixante, pourvu que l'acte soit fait et transmis dans les trente jours qui suivront l'entrée en vigueur de cette loi.

(*a*) On les appelle en anglais *imported rabbis*.

(*b*) Un officier haut placé de la législature me donne cette information ; on n'aurait jamais pu deviner le but du législateur à la lecture de l'acte.

Il faut remarquer d'abord que cette disposition législative est générale ; elle s'applique donc, non seulement aux juifs, mais à toute autre personne qui se trouve dans le cas de la loi, et cela sur toute l'étendue de la province.

Mais il y a des observations plus sérieuses à faire au sujet de cette loi. D'abord il n'y est nullement question de *registres*, la *personne* (pouvait-on s'exprimer d'une manière plus vague ?) qui a célébré un mariage ou présidé à une inhumation, est tenue d'en dresser *acte*, conformément aux dispositions du code civil et de transmettre cet *acte*, avec une déclaration solennelle en attestant la vérité, au protonotaire de la cour supérieure du district où le mariage a été célébré ou dans lequel l'inhumation a eu lieu, et cela dans les trente jours du mariage ou de l'inhumation.

Ainsi, ce sont des actes dressés sur des feuilles volantes et envoyés au protonotaire. On viole par là un des principes les plus fondamentaux de la matière, car la loi veut, et cette exigence est aussi ancienne que la loi elle-même, que ces actes, dont on ne saurait exagérer l'importance, soient inscrits dans des régistres tenus à cette fin. "Sera fait *registre*", disait l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, "en forme de preuve des baptêmes, etc.". Un acte de l'état civil inscrit sur une feuille volante, fût-il muni de toutes les attestations possibles, ne vaut rien au point de vue de l'authenticité. Aussi, je n'hésite pas à dire que les actes dont parle l'article 53*b* n'ont aucun caractère authentique.

D'ailleurs, ce qui prouve leur manque entier d'authenticité, c'est cette déclaration solennelle qu'on exige de la *personne* qui qui a dressé ces actes. L'acte par lui-même, tout signé qu'il soit par cette personne, ne vaut rien ; il faut encore une déclaration solennelle, qui peut servir de commencement de preuve, mais qui ne rendra jamais l'acte lui-même authentique.

Du reste, que fera le protonotaire de cet acte ainsi dressé sur une feuille volante ? Le législateur ne le dit pas. Pourrait-t-il en ê re délivré des copies ? Il est permis de le croire, car le protonotaire peut donner des copies authentiques de tout document déposé à son bureau. Le certificat du protonotaire prouvera bien que cette copie est conforme à l'original, mais puisque cet original n'est pas authentique, la copie ne vaudra rien comme preuve.

Enfin, pour ne parler que des mariages célébrés par ces personnes, qu'entend-t-on par "toute personne compétente à "célébrer un mariage......, qui n'est pas autorisée à tenir des "registres des actes de l'état civil" ? L'article 128 du code civil dit que le mariage doit être célébré devant *un fonctionnaire*

compétent reconnu par la loi, et l'article 129 ajoute : " Sont " compétents à célébrer les mariages, tous prêtres, curés, ministres " et autres fonctionnaires *autorisés par la loi à tenir et garder* " *registres de l'état civil.*" Ce qui veut dire en deux mots, que le mariage doit être célébré par un fonctionnaire compétent, et que le fonctionnaire compétent, c'est le prêtre ou ministre autorisé, par la loi, à tenir des registres de l'état civil *(a)*. Cela étant, il est évident qu'il n'existe pas, suivant les dispositions mêmes de notre loi, de personnes autorisées à célébrer un mariage qui ne soient pas, en même temps, autorisées à tenir des registres des actes de l'état civil. Cette disposition me semble donc être non sens au point de vue juridique *(b)*.

En résumé, les personnes qui peuvent et doivent tenir des registres de l'état civil sont : 1° les curés, vicaires ou autres prêtres desservant une paroisse catholique ou une mission ; 2° les ministres desservant les églises et congrégations en communion avec l'Eglise d'Angleterre ou d'Ecosse ; 3° les prêtres ou ministres des différentes communautés et dénominations religieuses autorisées à célébrer les mariages et à obtenir et tenir des registres de l'état civil en vertu des statuts que nous avons cités. Ajoutons à cela quelques hospices et les supérieures des communautés religieuses où l'on fait des vœux solennels de profession religieuse, ainsi que les évêques catholiques romains, de Montréal, de Saint Hyacinthe et de Trois-Rivières, ou tout autre prêtre étant membre du chapitre ou desservant la cathédrale, lesquels peuvent tenir des registres de baptêmes, mariages et sépultures dans leur cathédrale, mais ne sont pas tenus de le faire.

Mais ainsi que je l'ai dit plus haut, il y a d'autres registres pour les actes de naissance seulement, quand il n'y a pas eu de baptême. C'est la disposition de l'article 53*a* qui se lit comme suit :

53*a* *(Ajouté par l'art.* 5784 *S. R. P. Q.)*—" Le père, ou si le " père est décédé ou absent, la mère de tout enfant né, qui n'a " pas fait baptiser cet enfant, ou qui, s'il s'agit de personnes d'une " croyance autre que celle des catholiques romains, n'a pas fait

---

(*a*) **Quand le vicaire célèbre un mariage, il le fait comme délégué du curé ou du ministre qui tient les registres de l'état civil.**

(*b*) **Sans prolonger outre mesure la critique de cette loi, qui, à mon avis, devrait disparaître au plus tôt de nos statuts, je dois dire que les mariages que le statut prévoit me semblent absolument nuls et qu'alors il ne valait pas la peine d'en faire dresser acte. Du reste, c'est une loi impérative dépourvue de sanction et, partant, une loi inefficace.**

" enregistrer la naissance de cet enfant par des personnes auto-" risées à tenir registres des actes de l'état civil, est tenu de faire " enregistrer cette naissance dans les quatre mois d'icelle, au " bureau du secrétaire-trésorier, ou du greffier de la municipalité " ou cité de son domicile, ou chez le juge de paix le plus proche ; " et ce dernier doit, dans les deux premières semaines du mois de " janvier de chaque année, faire un rapport des naissances ainsi " enregistrées par lui, au bureau du secrétaire-trésorier ou du " greffier de la municipalité ou cité.

" Le secrétaire-trésorier ou le greffier de la municipalité ou " cité doit, chaque année, dans le mois de janvier, transmettre un " état de ces naissances au secrétaire de la province."

Cet article est la codification, faite par l'article 5784 des Statuts refondus de la province de Québec, des articles 7 et 8 du statut 39 Vic., ch. 20, passé en 1875 *(a)*. Sa principale défectuosité, c'est qu'elle n'impose aucune pénalité aux contrevenants ; par suite, elle ne saurait être une loi effective. Mais il est curieux de remarquer qu'avant la refonte des statuts en 1888, il y avait une disposition, l'article 9 de cette loi, 39 Vic., ch. 20, qui assurait l'observation des dispositions sus-citées. Cet article 9 portait que " toute contravention à quelqu'une des dispositions " des deux sections précédentes sera punissable par une amende " n'excédant pas cinquante piastres ". Il y avait là une sanction pleine et entière de la loi, elle s'appliquait non seulement au secrétaire-trésorier qui négligeait de tenir régistre des naissances qu'on lui déclarait, mais aux parents qui n'avaient pas fait baptiser leurs enfants et qui négligeaient de faire enregistrer leur naissance. Mais cet article 9, n'existe plus. Il appert à l'appendice A des Statuts refondus de la province de Québec que le statut 39 Vic., ch. 20, a été abrogé en entier à compter de la mise en vigueur de ces statuts refondus *(b)*. On voit à l'appendice C que, seuls, les articles 7 et 8 ont été refondus. L'article 9 a donc été laissé de côté et il n'y a plus de sanction dans le code pour la disposition de l'article 53*a*, si ce n'est l'article 53, qui ne

---

(*a*) Ces articles avaient été modifiés en 1887 par le statut 50 Vic., ch. 8, art. 14, de manière à substituer le secrétaire d'état de la province au département de l'agriculture et des travaux publics auquel, d'après la première loi, l'état des naissances déclarées au greffier ou secrétaire-trésorier devait être transmis.

(*b*) Le statut 50 Vic., ch. 19, avait remplacé les articles 2, 3, 4, 5 et 6 du statut 39 Vic., ch. 20, par d'autres dispositions et ces dispositions sont maintenant codifiés aux articles 723 et 724 S. R. P. Q.

se rapporte qu'aux *fonctionnaires* et ne saurait atteindre les père et mère qui négligent de déclarer la naissance de leur enfant.

Du reste, l'article 53*a* est défectueux à un autre point de vue. On n'y dit pas dans quels registres ces naissances seront enregistrées, ni quelles énonciations on doit faire dans l'acte de naissance, ni même si cet acte exige la signature de témoins. Silence complet, au surplus, sur la question de savoir si ces registres seront tenus en double ; il est même à présumer que le législateur n'avait pas l'intention d'exiger deux registres, puisque le secrétaire-trésorier ou greffier ne transmet au secrétaire provincial qu'un état de ces naissances, lequel état n'est pas déclaré avoir qualité d'acte authentique. Donc, si un incendie consumait les archives municipales et, partant, les registres en question, toute preuve écrite de la naissance, à l'exception de l'état envoyé au secrétaire provincial, disparaîtrait. D'ailleurs, le législateur ne dit pas que le registre lui-même sera authentique, et il semble impossible d'étendre à ce registre la disposition de l'article 42. Et quand même on serait disposé à admettre l'authenticité d'un registre tenu par le greffier d'une municipalité, à cause de la position officielle de ce greffier, ajouterait-on la même foi au registre tenu par un simple juge de paix? Je crois que peu de personnes se conforment à la disposition de l'article 53*a*, lorsqu'ils n'ont pas fait baptiser leurs enfants (*a*). Il est superflu d'ajouter que c'est là une question

---

(*a*) Grâce à l'obligeance de M. le docteur Louis Laberge, médecin de la cité, à Montréal, je suis en mesure de donner quelques détails quant à la tenue, à la municipalité de Montréal, du registre requis par l'article 53*a*, et qui relève du département d'hygiène.

Ce registre n'est tenu que depuis le mois de janvier 1891, bien que la disposition de l'article 53*a* soit en vigueur depuis 1875. Depuis le 21 janvier 1891 jusqu'au 8 septembre 1894, on y compte 230 entrées. Ces entrées, du reste, ne se font pas dans la forme d'un acte de naissance. Le registre est divisé en colonnes consacrées à des renseignements concernant l'enfant, le père et la mère de cet enfant, le domicile, les déclarants, la date de l'enregistrement et le nom de l'officier présent. Ces colonnes sont, à leur tour, subdivisées, comme on peut le voir au tableau qui suit :

Numéro.

Enfant. { Endroit et date de la naissance.
Sexe.
Nom donné.

Père. { Noms et prénoms.
Age.
Origine (nationalité).
Profession.
Religion.

d'une extrême gravité et, puisque le législateur a cru devoir édicter cette disposition, il aurait dû la rendre efficace. Il conviendrait, à mon avis, de déclarer que le registre tenu par le secrétaire-trésorier sera tenu en double, après que ces doubles auront été paraphés au désir de l'article 45 du code civil et de l'article 1236 du code de procédure civile, et que l'un des doubles sera déposé, comme les autres registres, au bureau du protonotaire. Il faudrait également pourvoir à la délivrance d'extraits de ces registres. Et quant à contraindre le père ou la mère qui ne fait pas baptiser son enfant de déclarer la naissance de cet enfant, on n'aurait qu'à renouveler la disposition de l'article 9 du 39 Vic., ch. 20 *(a)*.

Mère. { Nom et prénoms de famille.
Age.
Origine.
Religion.

Domicile (rue et numéro).
Signature du déclarant.
Date de l'enregistrement.
Signature de l'officier présent.

Ce registre n'est en aucune manière authentique, il n'est pas paraphé au désir de l'article 45, et de plus, il ne contient pas d'*actes*, mais seulement des *entrées*. Quelque utilité qu'il puisse avoir au point de vue de la statistique, il n'a aucune valeur comme registre d'actes de l'état civil, et c'est ce but que le législateur avait en vue, puisque l'article 53*a* fait partie du titre des *Actes de l'état civil.*

Une autre remarque qu'il convient de faire, c'est que dans l'espace de trois ans et neuf mois, depuis janvier 1891 à octobre 1894, ce registre ne contient que 230 entrées, c'est-à-dire une moyenne de 60 par année. Il est clair que ce n'est là qu'une faible proportion des entrées que ce registre devrait contenir chaque année. Ce maigre résultat est sans doute attribuable à l'abrogation de l'article 9 du statut 39 Vic., ch. 20, qui punissait toute infraction à cette disposition d'une amende n'excédant pas cinquante piastres.

Comme je l'ai dit dans le texte, c'est une question d'une extrême gravité. On se demande comment les enfants, qui souffrent ainsi de la négligence de leurs parents et de l'insuffisance de la loi, réussiront à prouver leur filiation quand ils seront appelés à le faire, peut-être dans trente ou quarante ans. Il ne m'appartient pas, et il serait du reste superflu de tracer le devoir du législateur. Il serait pourtant si facile de faire tenir, dans le cas de l'article 53*a*, un registre régulier, en double, authentiqué comme les autres registres de l'état civil et dont l'un des doubles serait déposé, comme dans les cas ordinaires, au bureau du protonotaire. Le greffier de la municipalité et le protonotaire pourraient en délivrer des extraits et une sanction suffisante rendrait ces dispositions efficaces. Le cas réclame l'intervention immédiate du législateur.

(*a*) Nous trouvons, aux articles 5500-5502 des statuts refondus de la province de Québec quelques dispositions relativement aux registres de l'état civil dans certaines parties du Saguenay. Ces dispositions astreignent aux prescriptions des articles 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 48, 49, 50 et 53 du code civil, et aux articles 1236, 1237, 1239, 1240 et 1241 du

II. Forme des registres. — L'article 42 que j'ai cité plus haut déclare que les actes de l'état civil sont inscrits sur deux registres de la même teneur, chacun desquels est authentique et fait également foi en justice.

Les articles 42*a*, 42*b* et 42*c*, ajoutés au code civil par l'article 5778 des statuts refondus de la province de Québec, complètent la disposition de l'article 42. Ces articles se lisent comme suit :

42*a*.—" Les registres tenus en double pour les actes de l'état " civil peuvent être divisés en trois volumes, un pour les actes de " naissance, un pour les actes de mariage, et le troisième pour les " actes de sépulture ; ou en deux volumes, un pour les actes de " naissance et de mariage et l'autre pour les actes de sépulture.

" Ces volumes du double registre peuvent être, soit en blanc, " soit préparés avec des formules imprimées continuant sans inter- " ruption jusqu'à la fin de chaque volume ; mais lorsque un seul " volume est employé pour les actes de naissance et de mariage, la " première partie doit contenir, consécutivement, les formules pour " les actes de naissance, et la dernière partie, les formules pour " les actes de mariage."

42*b*.—" Lorsque le double registre est divisé en volumes et est " en formules imprimées, il est laissé un nombre suffisant de pages " en blanc, à la fin du volume, pour les actes de décès *(a)* des " personnes dont le cadavre a été livré avant l'inhumation à une " école de médecine, ou à une université, pour les fins de l'étude de " l'anatomie " *(b)*.

42*c*.—" Un index par ordre alphabétique est préparé à la fin

---

code de procédure civile, le curé ou missionnaire qui tient volontairement en double un registre de l'état civil dans cette partie du Saguenay, qui s'étend à l'est de la rivière Portneuf, y compris l'île d'Anticosti. Ce registre doit être présenté au protonotaire de la cour supérieure, en la cité de Québec, pour être paraphé et numéroté avant qu'il en soit fait usage. Dans les douze mois après l'expiration de chaque année, la personne qui a la garde de ce registre doit en déposer un double entre les mains du protonotaire à Québec.

(*a*) C'est la seule mention que nous trouvons, dans ce titre, d'actes de *décès ;* on dit universellement actes de *sépulture.* Ici, il ne pouvait pas être question de sépulture.

(*b*) Il faut remarquer que cette division du registre en deux ou trois volumes est entièrement facultative. A Notre-Dame de Montréal, on tient les registres en trois volumes, Dans les autres paroisses de Montréal, un registre sert pour les baptêmes et les mariages, toutes les sépultures étant enregistrées à Notre-Dame. A la campagne, on entre tous les actes dans un même volume. Telle est, du reste, la règle générale pour les paroisses de cette province. *Droit paroissial*, p. 194.

" de chaque double des registres de l'état civil pour chaque église, " congrégation ou autre communauté religieuse, par la personne " autorisée par la loi à tenir ces registres."

L'article 43 dit que ces registres sont fournis par les églises, congrégations ou sociétés religieuses ; dans le cas des paroisses ou missions catholiques, ils sont une charge de la fabrique de telle paroisse ou mission ; ils doivent, continue l'article 43, être de la forme réglée au code de procédure civile. Il s'agit des articles 1236 et suivants de ce code.

Pour énumérer en deux mots les exigences du code de procédure civile, tout registre, avant d'être employé, doit être marqué sur le premier feuillet et sur chaque feuillet subséquent du numéro de tel feuillet écrit en toutes lettres. Ce registre doit également être revêtu du sceau de la cour supérieure ou de la cour de circuit apposé sur les deux bouts d'un ruban ou autre lien passant à travers tous les feuillets du registre. Sur le premier feuillet, doit être inscrite une attestation, signée par le juge ou le protonotaire du district ou par le greffier de la cour de circuit du comté dans lequel la paroisse se trouve, spécifiant le nombre de feuillets contenus dans le registre, sa destination et la date de l'attestation (art. 1236). Le double du registre, qui doit rester entre les mains du curé, doit être relié d'une manière solide et durable et on doit y attacher une copie du titre du code civil relatif aux actes de l'état civil, ainsi que les chapitres, premier, deuxième et troisième du cinquième titre du même code, relatifs aux mariages (art. 1237).

L'article 45, tel qu'amendé par les statuts refondus de la province de Québec, article 5780, se lit comme suit :

45.—" Le double registre ainsi tenu doit, à la diligence de " celui qui le tient, être présenté, avant qu'il en soit fait usage, à " un des juges de la cour supérieure, ou au protonotaire du dis- " trict ou à un greffier de la cour de circuit dans le comté, pour, " par le juge, protonotaire ou greffier, être numéroté et paraphé " en la manière prescrite dans le code de procédure civile.

" Dans le cas d'une église, chapelle particulière ou mission " catholique, le registre doit être accordé sous le nom désigné dans " le certificat d'autorisation donné par l'évêque, l'Ordinaire du " diocèse, le grand vicaire ou l'administrateur ; et le prêtre qui le " présente doit exhiber aux fonctionnaires ci-dessus mentionnés, " le certificat d'autorisation " *(a)*.

(*a*) Voir ce que j'ai dit de cette disposition ci-dessus, p. 170.

III. Rédaction et inscription des actes de l'état civil. — Pour revenir maintenant aux dispositions du code civil, l'article 46 déclare que "les actes de l'état civil sont inscrits sur les deux " registres sans blancs, aussitôt qu'ils sont faits ; les ratures et " renvois sont approuvés et paraphés par tous ceux qui ont " signé au corps de l'acte ; tout y doit être écrit au long, sans " abréviation, ni chiffres."

La loi, on le voit, prend un soin extrême pour que les registres soient bien tenus et que rien ne s'y glisse d'obscur ou d'équivoque. D'après une pratique vicieuse, qui est assez générale, mais qui devrait cesser, après que l'acte a été redigé et signé sur l'un des registres, on fait signer l'autre registre en blanc par les parties, avant la transcription de l'acte.

On le fait sans doute pour ne point retarder les parties trop longtemps, mais on oublie qu'il s'agit de formalités impératives et d'ailleurs très importantes.

Si par malheur, il se glissait quelque erreur dans la transcription de l'acte sur l'autre registre, qui nécessiterait une rature ou un renvoi, il faudrait faire revenir les parties pour certifier cette rature ou ce renvoi. Mieux vaut procéder régulièrement *(a)*.

L'article 39 déclare que "l'on ne doit insérer dans les actes de " l'état civil, soit par note, soit par énonciation, rien autre chose que " ce qui doit être déclaré par les comparants." Ajoutons que l'acte doit également constater ce que l'officier a fait, par exemple, qu'il a baptisé ou marié. Nous verrons, dans l'instant, ce que les comparants doivent déclarer dans les divers actes de l'état civil ; ce sont là les seules énonciations que l'officier de l'état civil peut entrer dans les registres. En enfreignant cette règle, il se rendrait passible de la pénalité portée en l'article 53 et il pourrait être condamné, le cas échéant, à payer des dommages. Ainsi, dans une cause de *Côté v. De Gaspé* (16 L. C. R., p. 381), jugée en 1866, la cour de revision de Québec a condamné un curé à payer des dommages au père d'une fille mineure qu'il avait mariée, pour avoir écrit, dans le registre, qu'il l'avait mariée "malgré l'opposition brutale de son père".]]

Ainsi les comparants ne peuvent faire d'autres déclarations que celles qui sont exigées par la loi, et les officiers de l'état civil ne

(*a*) Il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici de formalités absolument impératives. Je ne comprends pas la négligence qui est générale sur ce point. Tous les auteurs ont dénoncé cette négligence, mais peut-être faudra-t-il un procès pour ouvrir les yeux du public sur la nécessité de se conformer aux prescriptions de la loi. *Droit paroissial*, p. 195.

peuvent en demander ni en recevoir d'autres. Ils n'ont le droit ni de les contredire, ni de les commenter, ni de les juger : leur ministère est tout passif. De là deux principes :

1° Il n'est point permis aux officiers de l'état civil d'énoncer les faits qui auraient dû leur être déclarés, mais que les déclarants ont passés sous silence. Ainsi, par exemple, ils ne doivent pas, bien que la loi en exige la déclaration (art. 54), indiquer dans un acte de naissance les noms des père et mère légitimes de l'enfant, si les déclarants ont gardé le silence sur ce point (1).

2° Ils sont tenus d'inscrire, non pas *pas tout ce qui leur a été déclaré*, mais seulement les faits que la loi permet de déclarer ; ces faits sont indiqués plus loin, dans les chapitres II, III et IV. Ainsi, il ne faut pas non plus y mentionner le nom de la personne qui est déclarée être le père naturel de l'enfant, lorsque les déclarants qui font cette déclaration n'ont pas été, par une procuration spéciale, autorisés à la faire.

[[L'article 40 dit que " dans les cas où les parties ne sont pas " obligées de comparaître en personne aux actes de l'état civil, " elles peuvent s'y faire représenter par un fondé de procuration " spéciale." Le code ne s'explique pas sur ces cas exceptionnels où la présence des parties n'est point requise. On pourrait, par exemple, citer le cas de l'acte de baptême où la loi n'exige pas la comparution personnelle des parents. Ces parties peuvent donc se faire représenter par des fondés de procuration spéciale. Le code ne dit pas que cette procuration doit être authentique ; il semblerait donc qu'elle peut être sous seing privé, mais quand il s'agit de représenter le père de l'enfant naturel, il vaudrait mieux que la procuration fût reçue devant notaire, car une procuration sous seing privé peut disparaître et rendre ainsi bien difficile, sinon impossible, la preuve de la filiation de l'enfant. On a coutume d'accepter la déclaration d'une personne qu'elle représente telle autre personne comme parrain et marraine, la qualité de parrain ou de marraine n'entraînant aucune obligation civile et la présence de ces personnes n'étant nullement nécessaire pour la validité de l'acte de naissance. Du reste, il n'est pas exact de dire que les parrains et marraines soient des parties à l'acte ; ils ne sont, au point de vue civil, que des témoins *(a)*.

(1) Voy. M. Demol., t. I, n° 294 ; M. Val., *Cours de code civil*, t. 1, p. 106 ; M. Laurent, t. II, n° 17. [[Voir aussi M. Baudry-Lacantinerie, tome Ier, n° 235.]]

(*a*) Quel usage fera l'officier de l'état civil de ces procurations ? L'article 44 du code Napoléon veut qu'elles soient annexées aux actes de l'état civil, et déposées au greffe avec le registre dont le dépôt doit

Pour le mariage, les parents des époux peuvent se faire représenter par procureur et, si les époux sont majeurs, peu importe que le procureur exhibe ses pouvoirs ou non. Il en serait autrement dans le cas d'époux mineurs. Le consentement des parents ou des tuteurs étant nécessaire dans ce cas, le célébrant fera bien d'exiger une procuration, quand l'un des parents ou le tuteur de l'époux mineur n'est pas présent. Quant aux époux, leur présence est requise, car on ne peut se marier par procureur *(a)*.

Dans les actes de sépulture, tout ce que la loi exige, c'est la présence de deux témoins parents ou non du défunt. Il est évident que ces témoins agissent en leur qualité personnelle et ne peuvent représenter des parents absents.

" Après la rédaction de l'acte de l'état civil," dit l'article 41, " le fonctionnaire public donne lecture aux parties comparantes " ou à leur fondé de procuration, de l'acte qu'il rédige." Cette formalité est impérative et préviendra toute erreur. Rien ne requiert la présence du curé ou ministre à ces actes de l'état civil. Tout vicaire, ou tout prêtre ou ministre autorisé par le curé ou le ministre, peut recevoir la déclaration des comparants, rédiger l'acte et le signer avec les parties *(b)*.

IV. Dépôt d'un des registres au bureau du protonotaire. —" Dans " les six premières semaines de chaque année," dit l'article 47, tel qu'amendé par l'article 5781 S. R. P. Q., " un des doubles est, " à la diligence de celui qui les a tenus ou qui en a la garde, " déposé au greffe de la cour supérieure du district où les registres " ont été tenus.

" Ce dépôt est constaté par le reçu que doit en délivrer sans " frais le protonotaire."

être fait au greffe. Nous n'avons aucune disposition sur ce point. D'après la loi générale, art. 3656 S. R. P. Q., les procurations authentiques sont désignées à l'acte notarié, celles faites sous seing privé y sont annexées après avoir été signées par les parties et le notaire. Rien de tel n'est prescrit quant aux actes de l'état civil, et il ne serait pas praticable d'y annexer des actes. Du reste, si la procuration était sous seing privé, il faudrait, pour l'annexer au registres, qu'il fût fait en double, car le registre lui-même est double. Cela nous confirme dans l'opinion qu'il vaudrait mieux que la procuration fût authentique, car alors l'officier de l'état civil peut la désigner dans l'acte et les intéressés peuvent toujours s'en faire délivrer copie. Au surplus, quelle garantie l'officier de l'état civil a-t-il que la procuration sous seing privé qu'on lui produit est véritable s'il ne connaît pas la signature des parties ?

(*a*) Loranger, *Commentaire sur le code civil*, p. 312.

(*b*) *Droit paroissial*, pp. 196-7.

L'article 49, que je cite d'après l'article 5783 S. R. P. Q., ajoute que " l'autre double du registre reste en la garde et posses- " sion du prêtre, ministre ou autre fonctionnaire qui l'a tenu pour, " par lui, être conservé et transmis à son successeur en office.— " Pour une mission catholique, cet autre double est déposé à " l'évêché du diocèse auquel appartient la mission par le prêtre " préposé à sa desserte, et pour authentiquer les copies ou extraits " d'icelui et pour autres fins s'y rapportant, l'évêque ou son secré- " taire, en est considéré le dépositaire" *(a)*.

L'article 48, tel qu'amendé par l'article 5782, S. R. P. Q., trace les devoirs du protonotaire quant à ce dépôt. " Tout protonotaire " est tenu," dit-il, " dans les six mois du dépôt, de vérifier l'état " des régistres déposés en son greffe, et de dresser procès-verbal " sommaire de cette vérification."

V. Extraits. — Aux termes de l'article 49, l'autre double du registre reste en la garde et possession *du prêtre, ministre ou autre fonctionnaire qui l'a tenu*. Dans le cas des paroisses et missions catholiques, il faut décider que ce prêtre n'est autre que le curé. En effet, c'est le dépositaire qui certifie l'extrait (article 50), le dépositaire du registre, c'est le prêtre qui le tient (article 49), et le prêtre qui tient ce registre, c'est le curé (article 44). Il est vrai que l'article 44 dit que les registres sont tenus par les *curés, vicaires, prêtres ou ministres desservant cés églises, etc.*, mais si on parle du vicaire, ce n'est que lorsqu'il *dessert* l'église, ce qu'il ne peut faire que pendant l'absence ou l'incapacité du curé. Ceci devient encore plus clair quand on consulte le § 1, section 1re, du chapitre 20 des statuts refondus pour le Bas-Canada, qui est la source de l'article 44. Dans cette section, il n'est nullement question du vicaire, on y dit que le registre sera tenu par le *prêtre ou ministre qui a la desserte de l'église*. Enfin, ce qui rend cette démonstration encore plus concluante, c'est que le § 2 de la section 8 du même chapitre des statuts refondus, qui est codifié dans l'article 50, donne au *prêtre ou ministre en possession du registre* le pouvoir de certifier les extraits. Je suis donc d'avis que ces extraits doivent être certifiés par le curé de la paroisse et que

---

(*a*) L'article 49 entend évidemment parler d'une mission où il n'y a pas un prêtre résidant. Lorsque la mission a son desservant, c'est une paroisse *de facto* et il a toujours été d'usage d'y conserver les registres. *Droit paroissial*, p. 198.

le vicaire ne peut les authentiquer que quand il se trouve de fait ou de droit desservant en l'absence ou incapacité du curé *(a)*.

Ce que nous venons de dire s'applique, *mutatis mutandis*, aux autres dépositaires des registres, ministres, protonotaires, etc. Le ministre seul peut donner l'authenticité aux extraits des registres ; son vicaire ou assistant ne le peut, parce qu'il n'est pas le dépositaire de ces registres. Le député-protonotaire peut certifier cet extrait parce que la loi donne à sa signature le même effet qu'à celle du protonotaire lui-même.]]

VI. Publicité et authenticité des registres. — Les actes notariés ne sont point publics. Ils n'ont trait qu'aux affaires privées des parties : elles seules, du moins en général, ont qualité pour en exiger la communication et s'en faire délivrer copie. Il n'en est pas de même des actes de l'état civil. Personne ne peut avoir un intérêt légitime à cacher son état ; les tiers, au contraire, ont, dans plusieurs cas, intérêt à connaître la position de la personne avec laquelle ils se mettent en relation d'affaires : il importe donc que les registres qui la constatent soient publics et ouverts à tout le monde. De là le droit de s'en faire délivrer des extraits par ceux qui en sont les dépositaires légaux, c'est-à-dire par l'officier de l'état civil, ou par le greffier du tribunal.

[[L'article 50 de notre code civil dit que " les dépositaires de " l'un et de l'autre des registres sont tenus d'en délivrer, à toute " personne qui le requiert, des extraits qui, étant par eux certifiés " et signés, sont authentiques."

Est-ce à dire que toute personne peut exiger la communication du registre même ? Je ne le crois pas, sauf le cas d'une loi spéciale qui lui conférerait ce droit. Tout ce que le code oblige le dépositaire de faire, c'est de délivrer des extraits du registre ; aucun article ne l'oblige à communiquer le registre même *(b)*.

Il est à peine nécessaire d'ajouter que les dépositaires des registres ne sont tenus d'en délivrer des extraits que sur paiement de leurs honoraires. Ces honoraires sont fixés par des tarifs publics.]]

(*a*) Voir, dans ce sens, *Baudry*, p. 115 et, en sens contraire, Loranger, *Commentaires sur le C. C.*, tome Ier. p. 359. Quelle absence du curé donnera au vicaire le droit de certifier les extraits des registres ? Je crois, aux termes des articles que j'ai cités, que c'est une absence qui donnera au vicaire la position de desservant. *Droit paroissial*, pp. 198-99.

(*b*) Voir dans ce sens, Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Acte de l'état civil, n° 98. Remarquons, cependant, que les protonotaires donnent communication du registre même sur paiement d'un honoraire fixé par le tarif.

Les *extraits* des actes de l'état civil ne sont pas, ainsi qu'on pourrait le croire, des copies *abrégées* de l'acte dont ils sont destinés à faire preuve ; ce sont des copies *littérales* et *entières* de l'acte qu'ils reproduisent. On les appelle des *extraits*, parce que la copie *intégrale* d'un acte de l'état civil inscrit sur le registre n'est, relativement à ce registre, qu'une copie partielle (1). — Les registres de l'état civil, de même que les actes authentiques, *font foi jusqu'à inscription de faux (a).*

Font foi......, c'est-à-dire sont réputés conformes à la vérité.

Jusqu'à inscription de faux......, c'est-à-dire tant que celui auquel on les oppose n'en a pas établi la fausseté au moyen d'une procédure particulière que la loi appelle ici *inscription de faux* (art. 159).

Ainsi, tout acte de l'état civil est réputé vrai. En conséquence, la partie à laquelle on l'oppose et qui l'attaque ne doit pas se borner à dire qu'il est faux, pour rejeter sur la partie qui l'invoque la nécessité d'en prouver la sincérité ; c'est à elle à en démontrer la fausseté. Et, pour le faire, il ne lui est pas permis de recourir aux voies ordinaires : elle doit employer une procédure particulière, aussi compliquée que périlleuse, l'inscription de faux.

[[Une question fortement controversée dans le droit français, c'est de savoir si cette présomption de vérité que la loi attache aux actes de l'état civil, et qui ne peut être détruite que par le moyen d'une inscription en faux, s'étend à tous les faits qui y sont énoncés. Ainsi, le prêtre ou le ministre constate qu'il a baptisé ou marié une personne. Ces faits, il les affirme *de visu*. D'autres faits ne sont pas à sa connaissance personnelle, on les lui déclare et il consigne cette déclaration dans l'acte. Ainsi, quand il dit que celui qu'il a baptisé est l'enfant d'un tel et d'une telle, il constate un fait qu'on lui a déclaré et dont, personnellement, il ne connaît rien. S'il écrit qu'il a baptisé un enfant, alors qu'il n'en a baptisé aucun, il se rend coupable de faux ; si, au contraire, il rapporte dans l'acte la déclaration des comparants que l'enfant baptisé est issu du mariage d'un tel et d'une telle, et que cet enfant soit le fruit d'une autre union, il ne commet pas de faux, bien que l'acte lui-même soit faux ; l'officier a été trompé, mais il a réellement transcrit la déclaration qu'on lui avait faite.

(1) MM. Duc., Bonn. et Roust., p. 71.

(*a*) Notre article 50 que nous avons cité plus haut ne se sert pas de l'expression " font foi jusqu'à l'inscription de faux," mais dit que les extraits *sont authentiques*, ce qui, du reste, est la même chose, puisqu'on ne peut contredire un acte authentique que par l'inscription en faux (art. 1211 C. C.).

Cela étant, une école, qui me paraît l'avoir emporté, enseigne, en France, que l'inscription en faux n'est requise que pour contredire les faits que l'officier de l'état civil affirme avoir *vus* et *entendus.*

Au contraire, les faits qu'il a constatés sur la déclaration qui lui en a été faite par les comparants sont réputés vrais, *primâ facie*, mais on peut les combattre par les voies ordinaires sans recourir à l'inscription en faux.

Le raisonnement sur lequel cette école se fonde est fort simple. L'inscription en faux n'est dirigé que contre le faux, or ici il n'y a de faux que dans le premier cas, c'est-à-dire quand il s'agit d'un fait que l'officier a pu constater par lui-même. Dans le second cas, l'officier de l'état civil affirme un fait vrai, savoir, qu'on lui a déclaré que l'enfant qu'on lui a présenté était l'enfant d'un tel et d'une telle. Alors, si les comparants lui ont fait une déclaration fausse, il n'y a pas de faux de la part de l'officier public qui n'a fait que rapporter exactement cette déclaration. Partant, il n'y a pas de faux contre lequel on puisse s'inscrire.

On ajoute que la loi répute les actes de l'état civil authentiques, parce qu'ils émanent d'un officier public ; or les déclarations qu'on fait au fonctionnaire de l'état civil ne sont pas son ouvrage et n'émanent pas de lui, il ne fait que les rapporter *(a).*

Malgré l'autorité imposante qui s'attache à ces suffrages et à ces arguments, je crois que l'opinion contraire doit être admise dans notre droit, vu surtout les dispositions particulières que je cite plus loin. Il me paraît certain que l'acte tout entier est authentique, c'est-à-dire que tous les faits qu'on doit y énoncer,—que ces faits soient constatés *de visu aut auditu* par l'officier public, ou qu'ils lui soient déclarés par les comparants,—sont réputés vrais, et que pour les contester, on ne saurait se dispenser de recourir à l'inscription en faux. Quel que soit l'auteur du mensonge, quand l'acte contient une déclaration fausse, l'acte lui-même est faux, et comme il s'agit d'un acte authentique, on ne peut le contester que par la voie de l'inscription en faux. L'article 1211 de notre code civil dit que " l'acte authentique " peut être contredit et mis au néant comme faux, *en tout ou en* " *partie*, sur inscription de faux, en la manière prescrite au code

---

(*a*) Voyez, dans ce sens : Valette sur Proudon, t. Ier, p. 206 et t. 2, p. 80 ; Demante, t. Ier, n° 90 *bis* ; Demolombe, t. Ier, n°s 319, 320 ; Macadé, sur l'art. 45 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. Ier, n° 123 ; Aubry et Rau, t. Ier, § 65, pp. 219, 220, note 5 ; Laurent, t. 2, n°s 38 et suiv.

" de procédure civile, *et non autrement*". Or les déclarations que les comparants font à l'officier de l'état civil sont assurément une partie essentielle de l'acte, puisque ce sont ces mêmes déclarations que la loi exige. Quand on les met en question, on affirme par là que l'acte est faux, quel qu'en soit d'ailleurs l'auteur, et on ne peut établir sa prétention que par l'inscription de faux.

Que l'on remarque bien, il s'agit ici d'une matière d'ordre public. La loi veut que l'identité civile, l'état et le décès de chaque personne soient officiellement constatés et elle déclare que cette constatation sera authentique (articles 42, 50, 1207). Elle ne distingue pas entre les faits affirmés par l'officier lui-même et ceux qui lui sont déclarés. Du reste, chacune de ces déclarations est consignée par l'ordre du législateur, il n'y a pas d'autre moyen de les constater et de les faire enregistrer, et l'officier de l'état civil a reçu mission de les recevoir et de les relater dans un acte que le législateur rend authentique. Ces actes sont le titre de chaque personne quant à son état civil. L'acte de naissance, par exemple, prouve la filiation de l'enfant légitime (art. 228). Si, à la preuve qui résulte de l'acte de naissance, vient s'ajouter la possession d'état, personne ne peut contester cette filiation (art. 231). Il est vrai qu'il peut y avoir des fraudes, mais l'intérêt public l'emporte sur la possibilité de ces fraudes. Comme le disait d'Aguesseau, " quelque douteuse que puisse être cette preuve, tout " sera encore plus douteux si on ne l'admet pas " *(a)*.

D'ailleurs, si nous n'étendons l'authenticité de l'acte de l'état civil qu'aux faits que l'officier constate par lui-même, nous n'aurons, dans l'acte de naissance, que le fait brut qu'on lui a présenté un enfant de tel sexe pour baptême. L'importante question de la filiation de l'enfant et de son âge est laissée dans l'ombre. De l'acte de sépulture, il ne resterait rien, sinon que l'officier de l'état civil a vu ou a pu voir un cercueil qu'on lui a dit contenir le cadavre d'un tel. Ces actes de l'état civil n'auraient donc aucune valeur pratique.

Enfin, nous croyons que notre code, plus formel dans ses dispositions que le code Napoléon, a réglé la question dans ce sens. D'abord l'article 42 veut que chacun des registres, que le prêtre ou ministre doit tenir en double, soit *authentique*. L'article 50 dit la même chose des extraits de ces registres. Il n'y a aucune distinction dans la loi entre les faits que l'officier affirme *de visu aut auditu* et ceux qu'on lui a déclarés. Il y a de plus la

---

(*a*) Cité par Merlin, *Quest. de droit*, v° *Maternité*.

disposition de l'article 1207 qui dit que "les écrits suivants, "faits ou attestés avec les formalités requises par un officier "public ayant pouvoir de les faire ou attester dans le lieu où il "agit, sont authentiques et font preuve *de leur contenu*, sans "qu'il soit nécessaire d'en prouver la signature, non plus que le "sceau qui y est attaché, ni le caractère de l'officier, savoir :..... "tous livres et registres d'un caractère public dont la loi requiert "la tenue par des officiers publics dans la province". La loi ne distingue pas non plus, dans ce cas, et je crois qu'on aurait tort de faire une distinction que le texte du code combat *(a)*.

Mais un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que les énonciations de l'acte de l'état civil, qui sont étrangères au but de cet acte, ne font aucune foi. L'officier de l'état civil ne doit rien énoncer en cet acte que ce qui doit lui être déclaré par les comparants (art. 39). Une déclaration étrangère, loin de participer à l'authenticité de cet acte, n'aurait pas dû y figurer. Ainsi l'acte de naissance prouve la filiation de l'enfant baptisé, il ne prouve pas le mariage des père et mère de cet enfant, bien qu'on ait énoncé, comme c'est d'ailleurs la coutume, que l'enfant est né du légitime mariage d'un tel et d'une telle. L'article 54 n'exige que la déclaration du nom du père et de la mère, donc la déclaration du mariage de ces père et mère est étrangère à l'acte et ne fait aucune preuve.

Ce que je viens de dire s'applique plus spécialement à l'acte lui-même inscrit sur le registre, mais il va sans dire que l'extrait de cet acte est, lui-même, authentique. C'est la disposition de l'article 50 que j'ai cité plus haut. Du moment que l'extrait est certifié et signé par le dépositaire du registre, il est authentique comme le registre lui-même. On peut s'inscrire en faux contre l'extrait en niant sa conformité au registre ou bien on peut s'inscrire en faux contre l'acte lui-même.]]

L'extrait *déclaré conforme au registre* étant réputé l'être, la partie qui le présente n'est pas tenue d'établir cette conformité et de présenter, à cet effet, le registre lui-même ; c'est à son adversaire, qui le combat, à faire sa preuve. Il peut la faire, soit au moyen d'un extrait qui servira de contrôle à celui qu'on invoque contre lui, soit au moyen d'un compulsoire fait en la présence des parties, et dont il sera dressé procès-verbal. Le tribunal peut même, quoiqu'il n'y soit pas obligé, ordonner, si d'ailleurs le

---

(*a*) Voir dans ce sens, Merlin, *Rep.*, v° Maternité, n° 6; le même, *Questions de droit*, v° Maternité ; Toullier, II, 848 et suiv. ; Proudhon, II, 88; Duranton, I, 305-308 ; Coin-Delisle, sur l'art. 46, n° 1.

déplacement peut s'en faire sans inconvénient, l'apport du registre, [[mais, bien entendu, cette contestation de l'extrait et sa confrontation avec le registre ne peuvent se faire que si le contestant s'est inscrit en faux contre cet extrait.]]

En résumé, les extraits font foi jusqu'à inscription de faux, pourvu qu'ils soient :

1° Délivrés par l'un ou l'autre des dépositaires légaux des registres ;

2° *Certifiés* et *signés* par lui, conformes aux registres *(a)*.

VII. Responsabilité de l'officier de l'état civil. — [[On conçoit que l'observation de ces formalités est d'une souveraine importance, car l'avenir et l'état civil des citoyens en dépendent. Aussi la loi frappe-t-elle d'une pénalité rigoureuse chaque contravention à ses prescriptions. L'article 52 du code civil déclare que " tout dépositaire des registres est civilement responsable des " altérations qui y sont faites, sauf son recours, s'il y a lieu, " contre les auteurs de ces altérations ", et aux termes de l'art. 53, " toute contravention aux dispositions du présent titre de la " part des fonctionnaires y denommés, qui ne constitue pas une " offense criminelle punissable comme telle, est punie par une " amende qui n'excède pas quatre-vingts piastres et n'est pas " moins de huit ". Il y a une semblable disposition à l'article 1238 du code de procédure civile qui déclare que les curés, les marguilliers des œuvres et fabriques et autres administrateurs d'églises, dans les lieux où il y a eu des baptêmes, mariages et sépultures, ainsi que les supérieures des communautés où il y a eu profession religieuse, sont tenus, chacun à son égard, de satisfaire aux prescriptions de la loi relativement aux registres des actes de l'état civil, et peuvent y être contraints par telles voies et sous telles peines et dommages que de droit *(b)*.

Les dispositions des articles 52 et 53 sont conformes à celles des articles 50 et 51 du code Napoléon. L'article 53 ne diffère que dans l'indication de la peine, tandis que l'article 52 est copié presque textuellement sur l'article 51 du code Napoléon. Il convient donc de reproduire le commentaire que fait Mourlon de ces deux articles.]]

(*a*) Dans la cause de *Sykes* & *Shaw* (9 L. C. J., p. 141), la cour d'appel a jugé que l'entrée d'un baptême dans un registre non authentique, où il est fait mention de la date de la naissance de la personne baptisée, signé par les père et mère, ne constitue qu'une preuve *prima facie* de la date de cette naissance et que l'on peut recourir à la preuve testimoniale pour démontrer que la naissance a eu lieu à une autre date.

(*b*) *Droit paroissial*, p. 199.

Aucune des formalités que nous avons étudiées n'est prescrite *à peine de nullité ;* la loi n'a pas voulu faire dépendre l'état des personnes de la négligence ou de la mauvaise foi des officiers de l'état civil. Il ne faut pas, toutefois, exagérer ce principe, et croire que tout acte, si informe qu'il soit, alors même qu'il manque des conditions essentielles à son existence, puisse être produit en justice comme un acte de l'état civil. Ainsi, je n'attribuerais point ce caractère à un acte inscrit soit sur une feuille volante, soit sur les registres ou papiers domestiques de l'officier de l'état civil *(a).*

La loi, afin d'assurer l'observation des formes et des mesures qu'elle a prescrites, a établi des peines contre les officiers publics qui manquent à leur devoir. Ces peines varient suivant la nature des faits dont ils se sont rendus coupables. Trois cas sont prévus :

1° *Destruction ou altération des actes provenant, non pas de la malveillance des officiers publics qui en ont la garde, mais d'un cas fortuit qu'ils auraient pu empêcher s'ils eussent été plus attentifs, ou du fait d'un tiers.* — La peine qu'ils encourent, dans ce cas, est purement civile ; elle consiste en des dommages et intérêts, c'est-à-dire en une somme d'argent qu'ils sont obligés de payer, à titre d'indemnité, aux parties dont l'état a été compromis par leur négligence.

Lorsque ces altérations ou destructions proviennent du fait d'un tiers, la partie à laquelle appartient l'acte altéré ou détruit peut agir en dommages et intérêts contre l'auteur même du fait, ou, si elle le préfère, contre l'officier public qui, faute de soins, n'a pas su l'empêcher. Dans ce dernier cas, l'officier public recourt contre l'auteur des altérations.

2° *Simples contraventions et omissions provenant de l'erreur ou de la négligence, telles, par exemple, qu'une rédaction par abréviation, une date en chiffres, l'oubli d'un nom...* — Ici la peine est double. L'officier public ou le greffier négligent peut être condamné : 1° [[à l'amende de l'article 53]] ; 2° à des dommages et intérêts envers la partie qui a souffert de la contravention ou de l'omission.

La condamnation à l'amende et la condamnation aux dommages et intérêts sont prononcées par le tribunal *civil,* sur la demande de la partie lésée.

(a) Cela ne souffre aucun doute dans notre droit, l'authenticité n'est accordée qu'à l'acte qui est inscrit sur le registre paraphé et numéroté à cette fin (art. 45).

[[L'article 53 n'inflige pas l'emprisonnement à défaut de payer l'amende. Il s'agit donc d'une peine purement civile recouvrable comme toute dette civile sur les biens du condamné. On pourra poursuivre le recouvrement de cette amende conformément aux dispositions de l'article 16]].

L'inscription des actes de l'état civil sur une simple feuille volante constitue un délit particulier, puni d'un emprisonnement d'un mois au moins et trois mois au plus, et d'une amende de seize francs à deux cents francs. Dans ce cas, la peine est prononcée, non plus par le tribunal civil, mais par le tribunal correctionel *(a)*.

3° *Faux, altérations faites sciemment et dans le dessein de nuire.* — Les fonctionnaires publics coupables de ces crimes sont justiciables des cours d'assises et, [[comme l'indique l'article 53, leur offense tombe sous le coup des lois criminelles. La peine du faux, quand il s'agit des registres de naissances, baptêmes, mariages, décès ou sépultures, ou des extraits certifiés de ces registres, est l'emprisonnement à perpétuité (art. 423, *(A)*, *(i)*, *code criminel)*.

VIII. Remplacement des registres. — Les articles 1241*a* et suivants du code de procédure civile contiennent quelques dispositions sur le remplacement des registres perdus ou détruits, ou qui, pour cause de vétusté, peuvent devenir hors de service.

Lorsque les registres de l'état civil d'une paroisse, ou une partie de ces registres, ont été détruits dans un incendie ou d'une autre manière, les curé et marguilliers de l'œuvre et fabrique de cette paroisse *(b)* peuvent, après délibération constatant la perte et la destruction de ces registres ou de partie d'iceux, se faire délivrer, par le protonotaire du district, au greffe duquel sont déposés les registres de l'état civil de cette paroisse, une copie des registres, ou de toute partie d'iceux qui ont été ainsi détruits (art. 1241*a* C. P. C.). Le protonotaire est tenu de délivrer copie de ces registres dans un temps raisonnable (art. 1241*b* C. P. C.). La fabrique doit fournir les livres et cahiers nécessaires à cette fin et ces livres doivent être numérotés et

---

(*a*) Je laisse ce passage de Mourlon pour démontrer comment le législateur, en France, envisage l'inscription d'un acte de l'état civil sur une feuille volante. Ici, le législateur paraît avoir rendu cette inscription légale, dans certains cas, par la disposition assez extraordinaire du statut 57 Vic., ch. 44. Voir *supra*, pp. 176 et suiv

(*b*) Il n'est question dans ces articles que du curé et des marguillers. Il n'est aucun doute, cependant, que les ministres d'églises protestantes ou autres peuvent se prévaloir de ces dispositions.

paraphés comme les registres ordinaires (art. 1241*c*, C. P. C.). Le protonotaire a droit de charger, pour toute copie des registres, six centins pour chaque acte de baptême ou de sépulture et dix-huit centins pour chaque acte de mariage (art. 1241*d*, C. P. C.). Après le dernier acte de chaque livre ou registre, le protonotaire inscrit un certificat d'authenticité (art. 1241*e*, C. P. C.). Ces copies de registres, ainsi authentiquées et délivrées, sont considérées comme des registres originaux ; les extraits certifiés par le curé, le vicaire *(a)* ou le desservant de la paroisse, dépositaire de ces registres, sont authentiques, mais le curé, le vicaire ou le desservant doit déclarer, dans les extraits qu'il délivre, que les registres dont ils sont tirés sont des copies ainsi certifiées du seul double existant (art. 1241*f*, C. P. C.). La copie ainsi faite de ces registres, ajoute l'article 1241*g* du code de procédure civile, doit être un *fac-similé* du seul double existant, en autant qu'elle doit contenir et reproduire tous les mots rayés, les renvois, les lignes allongées et les interlignes qui se trouvent dans ce dernier, ainsi que le certificat qui en constate le nombre, et la même orthographe doit être strictement observée.

Voilà pour les registres perdus ou détruits. Il y a d'autres registres conservés dans les paroisses et qui sont menacés de périr de vétusté.—Le législateur a pourvu à leur remplacement dans les articles 1241*h*, 1241*i* et 1241*j* du code de procédure.

L'article 1241*h* déclare que tout curé, ministre ou autre personne autorisée à garder les registres de l'état civil, peut, avec l'autorisation du bureau ordinaire de la fabrique ou des syndics, suivant le cas, aux frais de la paroisse, de l'église, de la mission, de la congrégation ou de la communauté religieuse qu'il dessert, remplacer, en tant que les écritures peuvent être déchiffrées, les registres tenus jusqu'en 1800 et dont il a la garde, par d'autres les reproduisant aussi exactement que possible. Après avoir collationné soigneusement avec l'original, la copie qu'il en a faite, ajoute l'article 1241*i*, le curé doit apposer à la fin de cette copie un certificat attestant qu'elle a été examinée et vidimée et qu'elle

---

(*a*) On remarquera que l'art. 1241*f* du code de procédure civile donne au vicaire le pouvoir de certifier un extrait de la copie du registre, mais, comme on le verra, ce n'est qu'à la condition qu'il soit le dépositaire du registre. La règle que j'ai énoncée plus haut reste donc invariable. On ne voit pas comment le vicaire peut être dépositaire des registres lorsque le curé est présent. En l'absence de ce dernier, le vicaire peut être de fait le desservant de la paroisse, et à ce titre il est dépositaire des registres et peut donner l'authenticité aux extraits qu'il en délivre. Voir, du reste, ce que j'en ai dit, *supra*, p. 187.

est conforme au registre dont elle est la transcription ; ce certificat est fait sous serment devant le protonotaire et cette copie doit être authentiquée et paraphée par le protonotaire, avant qu'il en soit fait usage. Cette copie est alors authentique et a le même effet que le registre original lui-même, mais, ajoute l'article 1241*j*, on doit conserver ce registre original pour y avoir recours *(a)*.

IX. Rectification des registres de l'état civil. — Les codificateurs, suivant en cela l'exemple des auteurs du code Napoléon, ont traité, à la fin de ce titre, ce sujet qui aurait dû trouver sa place dans les *dispositons générales*. J'en parlerai immédiatement.

L'article 75 du code civil dit que " s'il a été commis quelqu'er-
" reur dans l'entrée au registre d'un acte de l'état civil, le tribunal
" de première instance au greffe duquel a été ou doit être déposé
" ce registre, peut, sur la demande de toute partie intéressée, ordon-
" ner que cette erreur soit rectifiée en présence des autres inté-
" ressés."

Cet article, sauf la différence de l'organisation judiciaire, est conforme à l'article 99 du code Napoléon. Je reproduirai donc le commentaire de Mourlon.]]

1° *Dans quels cas on peut demander la rectification des registres.* — Elle peut être demandée : 1° lorsque l'acte n'énonce pas tous les faits qu'il doit contenir, par exemple, lorsqu'un acte de naissance n'indique point le sexe de l'enfant, le jour auquel il est né, les noms des père et mère légitimes ; — 2° lorsqu'il énonce des faits qui ne doivent pas y être relatés ; — 3° lorsqu'il contient des altérations faites après coup ou de fausses désignations dans les noms ou prénoms (1) *(b)*.

2° *Quelles personnes peuvent la demander, et quelle autorité a le droit de l'ordonner.* — Les auteurs du projet originaire [[du

---

(1) On peut procéder par forme de demande en rectification (c'est-à-dire par *requête*) lors même que la demande tendrait à faire reconnaître à la personne un état différent de celui que lui assigne l'acte dont la rectification est réclamée. Voy. MM. Aubry et Rau. t. I, § 63, p. 209, note 5.

(a) Droit paroissial, pp. 200-202.

(b) M. Baudry-Lacantinerie (n° 285) indique d'autres cas dans lesquels la rectification peut être demandée. C'est 1° quand l'acte est irrégulier dans la forme, par exemple lorsqu'il n'a pas été dressé en présence des témoins requis ou ne porte pas les signatures voulues ; 2° quand il a été inscrit sur une feuille volante, au lieu de l'être dans un registre ; 3° quand il a été fait après le délai fixé par la loi (ce cas me paraît inapplicable ici) ; 4° quand un acte régulier dans la forme a reçu après coup des altérations.

code Napoléon]] avaient proposé deux sortes de rectification : l'une faite *d'office* par le tribunal, sur la *réquisition du ministère public ;* l'autre *contentieuse, sur la demande des parties intéressées.* Mais, dans la rédaction définitive, la première fut écartée : aucune modification ou rectification ne peut donc être ordonnée que par le tribunal et sur la demande des parties intéressées.

Ainsi, l'officier de l'état civil ne peut, en aucun cas, réparer d'office et après coup les fautes qu'il a pu commettre dans la rédaction de l'acte ; il ne le peut point, alors même que les parties lui accordent plein pouvoir à cet effet : " *Ce qui est écrit est écrit*, disait M. Siméon au Conseil d'État ; il ne lui est point permis de toucher au dépôt qui lui est confié."

Le droit [[de poursuivre la rectification d'un acte]] n'appartient qu'aux parties que l'acte intéresse. Tant qu'elles ne réclament point, l'acte, si irrégulier qu'il soit, reste ce qu'il est. Que si elles réclament, elles doivent alors s'adresser à la justice. Le tribunal saisi de leur demande peut, s'il le juge nécessaire, et dans le cas où elles sont connues, appeler en cause celles des parties qui ne réclament point, afin que le jugement à intervenir puisse être invoqué par ou contre elles (art. 1240 C. P. C.).

[[Aux termes de l'article 75, le tribunal compétent pour connaître d'une demande de rectification des registres de l'état civil, c'est " le tribunal de première instance au greffe duquel a été ou " doit être déposé ce registre." Mais quel serait le tribunal compétent dans le cas de l'article 53*a* ? Je crois que c'est le tribunal de première instance du district où la naissance a été enregistrée aux termes de cet article.]]

En résumé, 1° la rectification des actes de l'état civil ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement ; ce jugement est susceptible d'appel devant la cour de revision (art. 494 C. P. C.)

2° Les tribunaux ne peuvent point l'ordonner d'office.

3° Les parties intéressées ont seules le droit de la demander ; le tribunal auquel elles s'adressent peut, lorsqu'il y a lieu, appeler en cause celles des parties qui ne réclament point *(a).*

3° *Procédure à suivre pour obtenir la rectification.* — [[Le code de procédure civile contient quelques dispositions au sujet de la rectification des registres de l'état civil. Celui qui veut faire ordonner la rectification du registre, dit l'article 1239, doit

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie (n° 289) dit qu'un intérêt d'honneur peut servir de base à la demande de rectification tout aussi bien qu'un intérêt pécuniaire. Il ajoute, cependant, qu'un intérêt éventuel ne suffirait pas ; l'intérêt doit être né et actuel.

présenter à cette fin une requête au tribunal, énonçant l'erreur ou omission dont il se plaint et concluant à ce que la rectification soit faite suivant les circonstances. Cette requête doit être signifiée aux dépositaires du registre.

Le tribunal, ajoute l'article 1240, peut en outre ordonner la mise en cause de telle partie qu'il juge intéressée dans cette demande. L'assignation est alors donnée en la forme ordinaire. Il est indubitable que le requérant pourrait lui-même assigner les parties intéressées sans attendre l'ordre du tribunal *(a)*.

4° *Inscription du jugement de rectification.* — Aux termes de l'article 1241 du code de procédure, il est ordonné dans le jugement de rectification que ce jugement soit inscrit sur les deux registres, et l'acte ne peut plus être expédié qu'avec les rectifications ordonnées.

Telle est également la disposition de l'article 76 du code civil qui dit que " les dépositaires de ces registres sont tenus d'y " inscrire en marge de l'acte rectifié, ou, à défaut de marge sur " une feuille distincte qui y reste annexée, le jugement de rectifi- " cation, aussitôt que copie leur en est fournie.

5° *Cas où l'on a entièrement omis d'inscrire un acte sur les registres de l'état civil.* — Il ne s'agit plus ici de la rectification des registres de l'état civil. L'article 77, qui est de droit nouveau, permet de suppléer à l'oubli qu'on a pu faire de dresser un acte de l'état civil. " Si l'on a entièrement omis d'entrer aux registres " un acte qui devrait s'y trouver," dit cet article, " le même tri- " bunal peut, à la demande d'un des intéressés, et après que les " autres ont été dûment appelés, ordonner que cette omission soit " réparée, et le jugement à cette fin est inscrit sur la marge des " registres, à l'endroit où aurait dû être entré l'acte omis, et, à " défaut de marge, sur une feuille distincte qui y demeure an- " nexée."

Tout récemment, dans une cause de *Giguère*, requérant, et *La fabrique de la paroisse de Notre-Dame de Montréal*, intimée, (no 173, cour supérieure, Montréal, 1893), où l'on demandait l'insertion aux registres des mariages de la paroisse de Notre-Dame de Montréal d'un acte de mariage qui y avait été entièrement omis, le juge de Lorimier a, le 18 août 1893,—avant de faire droit sur la requête et vu que le requérant et sa femme étaient catholiques romains,—référé cette requête à l'archevêque de Montréal " pour " qu'il en prenne connaissance et qu'il rende sur icelle tel décret " qu'il jugera à propos après information." Il intervint alors un

(a) Carré et Chauveau, *quest.* 2895 *bis*.

décret de l'archevêque ordonnant au curé d'insérer l'acte de mariage aussitôt qu'il aurait reçu l'ordre de la cour, et ensuite jugement fut rendu par le juge Mathieu accordant les conclusions de la requête.]]

6° *A quelles personnes la rectification peut être opposée.*—La loi, dans un intérêt d'ordre public bien entendu et afin de mettre un terme aux procès, tient pour conforme à la vérité tout ce qui a été décidé par un tribunal : *Res judicata pro veritate habetur.* Mais cette présomption n'est pas absolue : elle n'existe qu'entre les personnes qui, ayant été parties au procès oú y ayant été appelées, ont pu fournir leurs moyens à l'appui de leur prétention. La question, jugée entre elles, demeure donc entière à l'égard des personnes qui, restées étrangères au procès, n'ont pas été entendues. De là la règle : *Res inter alios judicata alteri neque nocere neque prodesse potest.* En d'autres termes, les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties, leurs héritiers ou ayant-cause ; on ne les oppose pas *aux tiers.*

La loi fait ici l'application de ce principe aux jugements rectificatifs des actes de l'état civil. " Le jugement de rectification," est-il dit dans l'article 78, " ne peut, en aucun temps, être opposé " aux parties intéressées qui ne l'ont pas demandé, ou qui n'y ont " point été appelées."

Cette règle amène quelquefois des résultats bizarres. Paul est mort laissant deux fils légitimes, *Primus* et *Secundus. Primus* étant absent, *Secundus* recueille la succession paternelle. *Tertius,* inscrit dans son acte de naissance comme né de père et mère inconnus, prétend qu'il est l'enfant légitime de Paul ; un procès s'engage sur ce point entre lui et *Secundus,* qui est nanti de la succession. *Tertius* triomphe : le tribunal saisi de sa demande a reconnu sa filiation légitime et ordonné la rectification de son acte de naissance.

Ainsi, *Tertius,* dans ses rapports avec *Secundus,* est réputé être enfant légitime de Paul, et il obtient, en conséquence, la *moitié* de sa succession.

Mais *Primus,* qui était absent et qui n'a pas été appelé au procès, revient et demande sa part de la succession. Il prétend qu'il a droit à la moitié, parce que, affirme-t-il, *Tertius* n'est qu'un bâtard. Un second procès s'engage donc sur ce point entre *Primus* et *Tertius ; Primus,* plus heureux ou plus habile que *Secundus,* triomphe : qu'en résulte-t-il ? que *Tertius,* qui est réputé être, dans ses rapports avec *Secundus,* enfant légitime de Paul, est réputé n'être qu'un bâtard dans ses rapports avec *Primus.*

En conséquence si nous supposons la succession de 12,000 francs, *Primus*, n'ayant qu'un frère légitime, prend la moitié, ou 6,000 francs ; *Secundus*, qui en a deux, prend un tiers, ou 4,000 francs ; le surplus, c'est-à-dire un sixième, ou 2,000 francs, reste à *Tertius* (1).

7° *Jurisprudence.*—[[Notre jurisprudence renferme quelques décisions sur la rectification des actes de l'état civil. Je citerai celles qui peuvent expliquer les dispositions que nous étudions. Dans une ancienne cause de *Poulin v. Thibault* (2 R. de L., p. 332), il a été décidé qu'on peut expliquer un extrait de baptême par preuve testimoniale. Cette décision, paraît, à première vue, contraire aux termes de l'article 1234 qui dit que dans aucun cas, la preuve testimoniale ne peut être admise pour contredire ou changer les termes d'un écrit valablement fait. Cependant, puisque le code permet la rectification d'un acte de l'état civil, il ne peut exclure la seule preuve qui est possible dans la plupart des cas, la preuve testimoniale. L'article 51 admet la preuve testimoniale quand il n'y a pas eu de registres ou que les registres que l'on a tenus ont été perdus. Nous ne voyons pas pour quelle raison on refuserait de l'admettre quand il s'agit d'une erreur ou d'une omission, ou, dans le cas de l'article 77, d'un acte qui a été entièrement omis. Autrement, ce serait à la fois permettre un recours et le rendre impossible. Telle du reste est la pratique de nos cours. Mais cette preuve, bien entendu, ne serait admissible que lorsqu'il s'agit de rectifier un registre ou dans le cas de l'inscription en faux. Celui à qui on oppose un acte de l'état civil devra donc, ou bien s'inscrire en faux contre cet acte, ou en demander la rectification.

Dans la cause de *Languedoc v. Laviolette* (M. C. R., p. 77), on a décidé que le curé est témoin compétent sur une inscription en faux contre un acte de mariage. Dans la cause de *Côté v. De Gaspé* (16 L. C. R., p. 381), la cour de revision a jugé qu'on ne peut, par voie d'action, demander la rectification d'un registre en y retranchant des faits accessoires qui ne touchent en rien au caractère de l'acte ni à l'état civil des personnes. Il s'agissait d'une déclaration du curé, dans un acte de mariage, qu'il avait mariée la fille mineure du demandeur " malgré l'opposition brutale de son père ". Dans l'espèce, la décision de la cour me paraît bien fondée, car la déclaration en question n'affectait l'état de personne et, partant, le demandeur n'avait pas d'intérêt à

(1) Voy. M. Demol., *De la paternité et de la filiation*, n° 309.

demander la rectification du registre ; il en serait autrement si l'acte énonçait des faits que la loi défendrait d'y relater.

Dans la cause de *Dévoyau v. Véniard* (17 L. C. J., p. 49), le juge Berthelot a décidé que, sur une requête pour rectification d'un acte de naissance dans les registres d'une paroisse, la cour, avant faire droit, peut ordonner que la délimitation de cette paroisse soit constatée et établie par un arpenteur, suivant son érection civile. Je pense qu'il ne peut être question de cette constatation que lorsqu'il s'agit d'un acte qui a été entièrement omis et que le droit du demandeur de faire inscrire l'acte sur les registres de telle paroisse a été mis en question ; ce recours serait inadmissible si la délimitation de la paroisse avait été faite auparavant par les autorités compétentes.

Enfin, dans une cause intitulée *in re Hugh Andrew Allan*, requérant, (15 R. L., p. 16), la cour supérieure, Torrance, J., a permis au requérant de changer l'un de ses prénoms et à faire entrer ce changement au registre de l'état civil.

Dans une note au rapport de cette dernière cause, il est rendu compte d'une autre espèce. En 1887, un nommé John Major, épicier à Montréal, présenta une requête alléguant qu'il y avait un autre John Major, aussi épicier à Montréal. Il demanda en conséquence l'autorisation de prendre le nom de John Harold Major. Cette demande fut refusée par le juge Mathieu qui considéra qu'il n'avait pas d'autorité pour autoriser ce changement de nom.

Les notes au rapport citent également l'édit d'Amboise rendu par Henri II le 26 mars 1555 et qui faisait défense à toutes personnes de changer leurs noms " sans en avoir obtenu des dispenses."

X. Comment on supplée aux actes de l'état civil, lorsqu'il n'a pas existé de registres, ou qu'ils ont été perdus. — En principe, l'état des personnes ne se prouve ni par des *témoins* ni par des *titres privés*. Les naissances, mariages et décès ne s'établissent donc que par les actes qui ont été dressés sur les registres publics par l'officier civil compétent. Tel est le droit commun.

Mais une exception a dû être introduite en faveur des parties qui, par suite de quelque circonstance extraordinaire, n'ont pas pu se procurer la preuve légale de leur état, ou qui, après l'avoir eue, l'ont perdue par suite d'un cas fortuit ou de force majeure. La loi ne pouvait pas exiger l'impossible. De là, la règle de l'article 51 [[qui dit : " Sur preuve qu'il n'a pas existé de registres " pour la paroisse ou congrégation religieuse, ou qu'ils sont perdus,

" les naissances, mariages et décès peuvent se prouver soit par " les registres ou papiers de famille ou autres écrits, ou par " témoins."]]

Ainsi, dans certains cas, les naissances, mariages et décès, peuvent se prouver autrement que par les registres. Mais dans quels cas cette preuve exceptionnelle est-elle admissible ? Il importe de les préciser. Elle est admissible :

1° " Lorsqu'il n'a pas *existé* de registres . . . " Ce cas sera rare. Il se peut pourtant que la tenue des registres, dans une commune, ait été rendue impossible, soit par suite d'une épidémie qui a tout désorganisé, soit par suite d'une invasion ennemie ou de troubles politiques. Le bénéfice de l'article 51 peut alors être invoqué par la personne qui prétend que tel événement servant de fondement à l'état civil a eu lieu pendant le temps où les registres n'ont pas été tenus.

L'*interruption* dans la tenue des registres équivaut à leur *inexistence :* car, en ce qui touche le temps auquel se rapporte l'interruption, il est vrai de dire qu'il n'a pas été tenu de registres. —Il faut même considérer comme inexistants les registres qui ont été tenus, mais sans aucun ordre et avec des lacunes : la loi ne reconnaît point ce qui a été fait en violation de ses prescriptions (1).

2° " Lorsque les registres sont perdus . . . " Peu importe que la perte soit totale ou partielle. Ainsi, par exemple, la personne qui prétend que l'acte de l'état civil qui la concerne était inscrit sur des feuillets qui ont été enlevés d'un registre peut être écoutée, lorsqu'elle demande à en faire la preuve par témoins (2) *(a)*.

— La partie qui demande à prouver un mariage, une naissance, un décès, autrement que par la voie ordinaire, doit préalablement établir l'un ou l'autre des faits qui rendent admissible la preuve exceptionnelle dont elle réclame le bénéfice, c'est-à-dire l'*inexistence* ou la *perte* des registres.

---

(1) MM. Demol., t. I, n° 322 ; Aubry et Rau, t. I, § 64.

(2) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 211 ; Duc., Bonn. et Roust,, t. I, p. 114 ; Dem., t. I, n° 91 *bis*, I et II ; Demol., t. I, n° 322 ; Aubry et Rau, § 64.

(*a*) Les commentateurs du code Napoléon regardent comme non limitative l'énumération des cas où cette preuve peut se faire. On s'accorde généralement à l'admettre 1° lorsqu'un décès s'est produit de manière à en rendre la constatation impossible ; 2° lorsqu'il y a des lacunes dans le registre, comme lorsque le registre n'a pas été tenu pendant le temps où l'entrée aurait dû être faite ; 3° quand des lacérations ont été commises sur le régistre, par exemple, un feuillet déchiré. M. Baudry-Lacantinerie, n° 256.

[[L'article 46 du code Napoléon dit que]] cette preuve peut être faite tant *par titres* que *par témoins.* [[Notre code ne se prononce pas sur ce point, mais il est clair que les règles de la preuve, en ce cas, sont aussi larges. Le plus souvent cette preuve]] se fera par la déclaration de l'officier de l'état civil et du greffier du tribunal, ou par un procès-verbal qui constatera qu'après recherches faites, il a été reconnu que les registres de telle époque n'existaient pas.

Cette preuve une fois faite, la seconde, celle des naissances, mariages et décès, devient admissible. Mais comment doit-elle être faite ? Voici, sur ce point, la disposition de la loi : lorsque la preuve de l'inexistence ou de la perte des registres est faite, " les naissances, mariages et décès *peuvent* se prouver soit par les registres ou papiers de famille ou autres écrits ou par témoins."

" *Peuvent se prouver* . . ." Ces expressions laissent au tribunal un certain pouvoir discrétionnaire ; je dirai tout à l'heure en quoi consiste ce pouvoir.

[[" *Soit* par les registres et papiers de famille ou autres]] ou par témoins..." c'est-à-dire *soit* par l'un, *soit* par l'autre de ces modes de preuve ; le cumul n'en est pas exigé : l'un des deux peut suffire.

Mais, de même que le cumul des deux preuves n'est pas *nécessaire,* de même le tribunal n'est pas *obligé* de se contenter de l'une d'elles. Ainsi, lorsque celle qui a été produite ne lui semble pas suffisante, il peut exiger que la seconde soit également fournie afin de corroborer l'autre. Il peut même, lorsqu'elles ont été produites ensemble, les rejeter comme insuffisantes. La loi, en lui confiant le pouvoir discrétionnaire dont j'ai parlé, veut qu'il se décide moins en comptant qu'en pesant les preuves qui lui sont présentées.

[[" Par les registres ou papiers de famille ou autres..." Le code Napoléon s'exprime en termes moins généraux que ceux de notre article. Il dit " par les registres et papiers émanés des père et " mère décédés." Cependant, vu que l'article 46 du code Napoléon ajoute après ces mots " ou par témoins," on est convenu, dans la jurisprudence, de ne pas donner un sens limitatif à ces mots. Un fait qui peut se prouver par témoins peut assurément se justifier par des présomptions suffisantes résultant de papiers de famille, quand même ils ne seraient pas émanés des *père et mère décédés.*

Notre article est on ne peut plus général, puisqu'il parle de papiers de famille ou *autres,* mais il ne va pas plus loin, sur cette question, que la doctrine française.]]

"Par témoins..." Le tribunal est-il *obligé* d'admettre, dans tous les cas, sans discernement ni connaissance de cause, ce mode de preuve? Je ne le pense pas. La loi ne dit pas, en effet, que les naissances, mariages et décès *seront* prouvés par témoins; elle dit seulement qu'ils *pourront l'être*, et par cette façon de parler elle n'impose aucune *nécessité*, elle *permet* mais elle *n'oblige* pas.

Ainsi, le tribunal peut, suivant qu'il le juge convenable, n'admettre la preuve testimoniale qu'autant qu'il existe un commencement de preuve écrite assez grave pour rendre vraisemblable la prétention du demandeur, ou l'admettre sans aucune condition *(a)*.

Les *mariages* et *décès* peuvent être établis, avec tous les effets civils qu'ils entraînent, par la preuve testimoniale *toute seule*, c'est-à-dire indépendamment d'un commencement de preuve par écrit. Quant à ces faits, la preuve testimoniale *toute nue* supplée complètement les registres. Sur ce point tout le monde est d'accord.

Il n'en est pas de même à l'égard des *naissances*. Les actes qui les constatent contiennent: 1° la mention des jour et lieu de la naissance, ainsi que les prénoms donnés à l'enfant; 2° les noms de ses père et mère légitimes, ou même de ses père et mère naturels, lorsqu'ils se font connaître (voy. l'explic. de l'article 54). Les actes de naissance prouvent donc: 1° l'âge et l'individualité de l'enfant; 2° son origine ou sa filiation. Lorsqu'il n'a pas existé de registres, ou lorsqu'ils ont été détruits, la preuve testimoniale suffit pour établir le jour de la naissance, ainsi que les noms et prénoms de l'enfant, c'est-à-dire son âge et son individualité; suffit-elle également pour établir sa *filiation?* Lorsqu'il demande à prouver par témoins qu'il est né d'un tel et d'une telle unis par le lien du mariage, ou que ses père et mère l'ont reconnu, peut-on l'admettre à faire cette preuve, encore *qu'il n'existe aucun commencement de preuve par écrit ou indice qui rende sa prétention vraisemblable?* La question est controversée.

Premier système. — La *naissance* et la *filiation* sont des faits parfaitement distincts, bien qu'ils aient entre eux des rapports intimes.

Le premier peut être, dans les hypothèses prévues par notre

(a) Mais si la preuve par témoins *peut* se faire, sur quoi le tribunal se basera-t-il pour refuser de recevoir cette preuve? Autre chose est de refuser d'admettre la preuve testimoniale, autre chose de déclarer cette preuve insuffisante suivant les circonstances.

article 51, établi par la preuve testimoniale toute seule. Quant au second, cet article ne s'en occupe pas, car il n'y est question que de la preuve de la *naissance :* la preuve de la *filiation* légitime ou naturelle est réglée ailleurs, dans les articles 232 et 241. Or, aux termes de ces articles, la *filiation* légitime ou naturelle ne peut se prouver par témoins, qu'autant qu'il existe, au profit du demandeur, [[*un commencement de preuve par écrit ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour en déterminer l'admission*]]. Ces dispositions doivent recevoir leur application, même dans les deux hypothèses de l'article 51 : car la loi ne renvoie pas à l'article 51, comme elle a le soin de le faire pour le mariage, dans l'article 159 (1).

Deuxième système. — Lorsqu'il n'a pas existé de registres ou lorsqu'ils sont perdus, la preuve testimoniale *toute seule,* abstraction faite de tout commencement de preuve par écrit, peut servir à établir, non seulement le fait de la *naissance,* mais encore la *filiation* légitime ou naturelle. L'article 51 est, en effet, absolu dans ses termes : il permet de prouver par cette voie, non pas seulement *certaines circonstances de la naissance,* mais la naissance elle-même, c'est-à-dire *l'accouchement de la mère* et *l'identité de l'enfant,* en d'autres termes, la *filiation.* Quel est, d'ailleurs, le but de cet article ? N'est-ce pas de permettre aux parties de remplacer, par la preuve testimoniale, la preuve légale et ordinaire qu'elles ne peuvent pas produire par suite d'accidents fortuits arrivés sans leur faute et dont, par conséquent, elles ne doivent pas souffrir ? de les placer en un mot, au même état que si les régistres eux-mêmes pouvaient être représentés ? Or, si les registres existaient, ils pourraient établir tout à la fois la naissance et la filiation : donc, etc.

Ce n'est là, du reste, que l'application du droit commun. Nous verrons, en effet, lorsque nous expliquerons l'article 1233, que la preuve testimoniale est permise, quelle que soit l'importance de la demande, lorsque le créancier a perdu son titre par suite de quelque cas fortuit.

Remarquons enfin que l'article 51 règle une hypothèse bien différente de celle qui fait l'objet des articles 232 et 241. Dans l'hypothèse de l'article 51, l'inexistence ou la perte des registres explique naturellement pourquoi le demandeur ne rapporte pas

(1) Delv., t. I, p. 32, n° 6; Toull., t. I., n° 347 ; Dur., t. I, n° 295; Dem., t. I, p. 165 ; Marc., sur l'art. 46.

un acte de naissance; cette circonstance rend sa prétention vraisemblable: dès lors il y a peu de danger à lui permettre de corroborer, par la preuve testimoniale, cette espèce de commencement de preuve. Dans la seconde hypothèse, au contraire, celles des articles 232 et 241, les registres existent; le demandeur pourrait les représenter: rien n'explique donc pourquoi il ne prouve pas sa prétention par la preuve légale et ordinaire. La loi a dû, par conséquent, se montrer défiante à son égard. De là les exigences des articles 232 et 241 (1).

[[Nous trouvons dans notre jurisprudence quelques arrêts qui s'appliquent à l'article 51 de notre code. Ainsi, dans la cause de *Motz v. Moreau* (5 L. C. R., p. 433), la cour de revision a décidé qu'en l'absence de registres, l'état civil d'une personne peut être prouvé par les dires de ses parents et par témoins. Dans la cause de *Lane & Campbell* (8 L. C. J., p. 68), la cour d'appel a jugé que lorsqu'il n'existe pas de registres pour prouver la naissance d'une personne, cette personne peut faire établir la date et le lieu de sa naissance par jugement de la cour et qu'il n'est pas nécessaire qu'elle justifie d'aucun intérêt spécial à part de la non-existence des registres; que la date de la naissance étant un élément important de l'état civil d'une personne, cette personne a droit d'action pour établir cette date. Le jugement de la cour supérieure est au même effet dans la cause de *Hartigan v. The International Life Assurance Society* (8 L. C. J., p. 203), où l'on a jugé que pour être admis à prouver par témoins l'âge d'une personne, il faut, au préalable, démontrer l'existence des registres. La cour d'appel a également décidé, dans la cause de *Cutting & Jordan* (10 R. L., p. 401), que lorsqu'il est prouvé par témoins qu'un homme et une femme ont contracté mariage, dans un endroit où il n'y avait pas de registres authentiques, et qu'ils ont vécu comme mari et femme, à la connaissance de tous leurs parents et du public, les enfants de cette union sont légitimes; que la preuve d'un mariage contracté dans cette province dans un endroit où il n'y avait aucun membre du clergé ni registres de l'état civil peut être faite par témoins. Sur la question de la validité d'un mariage contracté là où il n'y a ni prêtre, ni ministre, ni magistrat, accompagné d'une longue cohabitation

---

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 102; Demol., t. I, n° 326; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 323; Bertauld, *Quest. et except. préjud.*, n° 23; Aubry et Rau, t. VI, § 544, p. 13, note 22, et § 569, p. 195, note 17; Laurent, t. III, n° 425.

des parties, consulter les causes de *Connolly v. Woolrich* (11 L. C. J., p. 197), et de *Fraser & Pouliot* (13 R. L., pp. 1 et 520) *(a)*.

XI. Actes de l'état civil reçus à l'étranger. — Le code Napoléon contient quelques articles sur cette question ; notre code n'en parle pas au titre des *Registres de l'état civil* Il est inutile que nous reproduisions ce qu'en dit Mourlon, n° 272. Tout ici se règlera d'après la maxime *locus regit actum*. Tout acte de l'état civil valablement reçu à l'étranger, fera preuve en cette province. L'article 1220, qui se rapporte à certains écrits faits hors du Bas-Canada, énumère,—parmi les actes qui font *primâ facie* preuve de leur contenu sans qu'il soit nécessaire de prouver le sceau ou la signature apposée par l'officier à l'original ou à la copie, ou l'autorité de cet officier,—les certificats de mariage, de naissance, de baptême ou de sépulture de personnes hors du Bas-Canada, sous la signature de l'ecclésiastique ou officier public qui a officié, et les extraits des registres de tel mariage, baptême ou naissance et sépulture, certifiés par l'ecclésiastique ou officier public qui en est légalement le dépositaire. Mais, comme il appert à cet article, ces actes faits à l'étranger ne font pas la même preuve que nos actes, lesquels sont authentiques. Il n'est question ici, bien entendu, que de l'*acte* et non de la *capacité* des personnes. Voir au surplus ce que nous avons dit en expliquant les articles 6, 7 et 8 du code civil.

CHAPITRE II. — DES ACTES DE NAISSANCE.

I. Des faits qui doivent être énoncés dans l'acte de naissance ; des personnes qui doivent être désignées. — L'article 54 se lit comme suit : " Les actes de naissance énoncent le jour de la naissance de " l'enfant, celui du baptême, s'il a lieu, son sexe et les noms qui " lui sont donnés ; les noms, prénoms, profession et domicile des " père et mère, ainsi que des parrains et marraines, s'il y en a."

Il faut remarquer que malgré l'expression " acte de naissance " dont se sert cet article, les curés, ministres, etc., des communautés chrétiennes n'enregistrent que des actes de baptême. Les juifs entrent, dans leurs registres, des actes de naissance. Mais il est formellement question des actes de *naissance* dans l'article

(*a*) Voir *supra*, p. 199, l'explication de l'article 77 de notre code civil pour le cas où l'acte a été entièrement omis.

53a. Dans la cause de *Davignon v. Lesage* (R. J. Q., 3 C. S., p. 1), la cour supérieure (Tellier, J.) a jugé que les curés, prêtres ou ministres desservant les églises, congrégations ou sociétés religieuses autorisées à tenir des registres de l'état civil, ne sont tenus que d'enregistrer les baptèmes, etc., faits par eux et ne sont pas obligés d'enregistrer la naissance des enfants dont ils ne font pas le baptême *(a)*.

L'article 57 du code Napoléon ne diffère de notre article 54 qu'en ce qu'il exige la déclaration de l'heure et du lieu de la naissance. Des témoins sont également requis, tandis que l'article 54 ne les exige pas absolument ; il ne parle que des parrains et marraines, " s'il y en a ".

On indique le jour de la naissance, parce qu'il établit l'âge de la personne, et, partant, sa majorité ou minorité. La constatation de l'heure, qui est exigée en France, ne serait d'aucune utilité pratique, car l'âge s'établit *de die ad diem* ; elle établirait, il est vrai, lequel de deux jumeaux est l'aîné, mais les droits d'ainesse n'existent pas en ce pays, et il était inutile de pourvoir au cas exceptionnel d'un legs fait à l'aîné de deux jumeaux. L'heure de la naissance, n'étant pas la matière d'une entrée au registre de l'état civil, on pourrait établir cette ainesse par papiers de famille ou par témoins, comme quand il s'agit de suppléer au défaut de registres. On doit également indiquer la date du baptême, s'il a lieu.

Le sexe de l'enfant est encore une énonciation essentielle de l'acte de baptême, car les droits des femmes diffèrent sous plusieurs rapports de ceux des hommes.

Par l'indication des noms qui lui sont donnés, on fixe l'individualité de l'enfant ; par l'énonciation des noms, prénoms, profession et domicile des père et mère, on établit sa filiation. L'acte donne également les noms, prénoms, profession et domicile des parrains et marraines, s'il y en a. Ces derniers sont les seuls témoins dont il soit question.

Nous n'avons guère de jurisprudence sur cette question ; pourtant nous pouvons signaler la décision de la cour supérieure dans la cause de *Osgood v. Goodenough* (7 R. L., p. 719) dans laquelle on a jugé qu'un extrait de baptême qui ne contient la mention ni de l'année de la naissance, ni de l'église dans laquelle l'enfant a été baptisé,

---

(*a*) L'article 1238 du code de procédure civile est au même effet. Il astreint, aux dispositions de la loi concernant les registres de l'état civil, le curé ou autre administrateur d'églises, dans les lieux où il y a eu des *baptêmes*, etc.

n'est pas un extrait de baptême authentique suivant le sens de la loi.

II. Les noms des père et mère doivent-ils être énoncés en l'absence de ces derniers ? — Une question importante, c'est de savoir si l'officier de l'état civil doit indiquer le nom du père et de la mère de l'enfant, en l'absence de ces derniers, et sans qu'on lui apporte une procuration de leur part. Prenons successivement les cas de l'enfant légitime, de l'enfant naturel et de l'enfant adultérin.

1° *Cas de l'enfant légitime.*

En France, il n'y a pas de difficulté, la loi charge certaines personnes de la mission de déclarer la naissance. Ces personnes sont le père ou, à son défaut, les médecins, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement, et, lorsque la mère est accouchée ailleurs qu'à son domicile, la personne chez qui elle est accouchée (art. 56 C. N.). La déclaration faite par l'une de ces personnes doit être reçue.

Nous n'avons pas de disposition à ce sujet, mais l'article 54, en disant que l'acte de naissance énonce les noms des père et mère et des parrains et marraines, s'il y en a, et l'article 55, en exigeant leur signature, s'ils son présents, donnent par là, à ces personnes, la qualité de comparants. Or, l'article 39 porte qu'on ne doit rien insérer dans l'acte que ce qui doit être déclaré par les comparants, ce qui revient à dire que l'officier de l'état civil recevra la déclaration pertinente à l'acte faite par les comparants. J'en conclus que si le parrain ou la marraine de l'enfant légitime déclare, en l'absence même du père ou de la mère, la paternité ou la maternité de cet enfant, le prêtre ou ministre doit consigner cette déclation dans l'acte. En effet, cette déclaration est exigée par la loi (art. 54), elle prouve la filiation de l'enfant légitime (art. 228). C'est le seul moyen que la loi offre à l'officier de l'état civil de s'enquérir de ce fait essentiel, et l'on ne doit pas entrer l'enfant comme né de parents inconnus (art. 56) quand non seulement les parents sont connus, mais que leur nom est déclaré par les comparants. Du reste, la paternité ou maternité légitime est un honneur et non une cause de reproche comme la paternité ou maternité naturelle *(a)*.

Mais si une personne autre que le parrain et la marraine fait cette déclaration, je crois que l'officier de l'état civil peut exiger

(*a*) Si l'absence du père n'est pas expliquée, cela peut être une cause de soupçon. Dans ce cas, l'officier pourrait faire vérifier la déclaration des comparants, mais il n'engagera pas sa responsabilité s'il ne le fait pas.

une procuration du père de cet enfant ; il pourrait même engager sa responsabilité civile s'il acceptait imprudemment la déclaration de l'étranger sans la vérifier. En effet, cet étranger n'a pas la qualité de comparant ou déclarant, au sens que le législateur donne à ce mot *(a)*.

2° *Cas de l'enfant naturel.*

En France, on décide qu'on ne doit pas indiquer le nom du père naturel pour la raison que la recherche de la paternité naturelle est interdite par l'article 340 du code Napoléon. Le père seul a donc qualité pour se faire connaître. Au contraire, dans notre droit, la recherche de la paternité naturelle est permise (art. 241). Cependant, comme la paternité naturelle est une cause de reproche, l'officier de l'état civil serait bien fondé à refuser de l'énoncer, sans le consentement du père, quand même la déclaration en serait faite par le parrain ou la marraine. Je déciderais la même chose quant à la maternité naturelle *(b)*.

3° *Cas de l'enfant adultérin.*

En France, la reconnaissance de l'enfant adultérin est interdite (art. 335, 342 C. N.). Il en est autrement dans notre droit. Cependant, pour les mêmes raisons que j'ai invoquées dans le cas des enfants naturels simples, je déciderais que l'officier de l'état civil n'est pas obligé de consigner, dans l'acte, les noms des père et mère adultérins, quand les comparants ne sont pas porteurs d'une autorisation expresse. J'irai même plus loin et je dirai que quand même le père adultérin viendrait déclarer cette paternité, l'officier de l'état civil ne pourrait pas l'énoncer dans l'acte si la mère était une femme mariée. Car, dans ce cas, le mari de cette femme est présumé être le père de l'enfant, et l'officier devra entrer cet enfant comme né de ce mariage (art. 218-220).

(*a*) Voir, à ce sujet, Loranger, t. Ier, n° 262.

(*b*) En France, la question, quant à la maternité naturelle, est controversée ; une école que M. Baudry-Lacantinerie (t. Ier, n° 274), tout en la combattant, avoue avoir prévalu dans la doctrine, enseigne que si les comparants déclarent le nom de la mère naturelle, l'officier de l'état civil doit l'énoncer dans l'acte. Voir aussi Mourlon, nos 287, 287 *bis*. Je ne place pas la question sur le même terrain ; je crois que le prêtre ou le ministre appelé à consigner sur son registre public une imputation injurieuse et peut-être calomnieuse, est bien fondé à exiger qu'on lui produise, au préalable, une autorisation expresse de ce père ou de cette mère. D'ailleurs, l'indication de la paternité et de la maternité, qui est essentielle dans l'acte de naissance de l'enfant légitime, n'est d'aucune utilité dans l'acte de naissance de l'enfant naturel, car la filiation des enfants naturels ne se prouve pas par leur acte de naissance (conséquence des termes de l'art. 228), et l'acte n'étant pas signé par le père et la mère, cette indication ne pourra pas faire preuve contre eux.

III. Qui est tenu de déclarer la naissance.— En France, certaines personnes sont tenues de déclarer la naissance des enfants. Ces personnes sont le père ou, à son défaut, les docteurs en médecine ou en chirurgie, les sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement, et lorsque la mère est accouchée hors de son domicile, la personne chez qui elle est accouchée (art. 56 C. N.). La peine du défaut est un emprisonnement de six jours à six mois et une amende de seize à trois cents francs (art. 346 code pénal). La déclaration doit être faite dans les trois jours qui suivent celui de l'accouchement.

A part la disposition de l'article 53*a* que j'ai rapportée plus haut *(a)*, il n'y a rien dans notre loi qui fasse un devoir aux parents,—et dans cet article il n'est nullement question des témoins de l'accouchement,—de déclarer la naissance de leurs enfants. Le législateur s'est entièrement fié au sentiment religieux des père et mère, et a supposé qu'ils feraient baptiser leurs enfants, mais outre que ce sentiment n'existe pas partout, il y a des sectes où l'on ne croit pas au baptême. Il est vrai qu'on peut interpréter les articles que nous commentons de manière à autoriser (je ne dis pas de contraindre) un prêtre ou ministre à rédiger un acte de naissance, même lorsqu'il n'a pas baptisé l'enfant dont il s'agit, car l'article 54 ne fait mention de la date du baptême que *s'il a lieu (b)*. Mais s'il s'agissait de le forcer à dresser un tel acte, cette interprétation serait combattue par les termes de l'article 1238 du code de procédure civile qui ne parle que des lieux où il y a eu des *baptêmes*, mariages et sépultures *(c)*. Donc, à l'époque de la codification, il n'y avait rien pour contraindre les parents de déclarer la naissance de leurs enfants, et ceux qui ne croyaient pas au baptême ne pouvaient forcer les dépositaires des registres de l'état civil à enregistrer cette naissance, lorsque l'enfant ne devait pas être baptisé. De là, la disposition de l'article 53*a* édictée en 1875 par le statut 39 Vic., ch. 20, articles 7 et 8 *(d)*. Cet article dont j'ai rapporté

(*a*) *Supra*, p. 178.

(*b*) On peut en déduire autant des termes de l'article 53*a* qui parle de l'enregistrement de la *naissance* par des personnes autorisées à tenir registres des actes de l'état civil.

(*c*) Ainsi que nous l'avons dit, le juge Tellier a décidé dans la cause de *Davignon v. Lesage* (R. J. Q., 3 C. S., p. 1), que le prêtre n'est pas tenu d'enregistrer la naissance d'un enfant dont il ne fait pas le baptême.

(*d*) Ce statut, qui exigeait l'envoi par le secrétaire-trésorier d'un état de ces naissances au département de l'agriculture et des travaux publics, a été amendé en 1887, par le statut 50 Vic., ch. 8, art. 14, de ma-

les termes ailleurs *(a)*, dit que le père, ou si le père est décédé ou absent, la mère de tout enfant né, qui n'a pas fait baptiser cet enfant, ou qui, s'il s'agit de personnes d'une croyance autre que celle des catholiques romains, n'a pas fait enregistrer la naissance de cet enfant par des personnes autorisées à tenir registres des actes de l'état civil, est *tenu* de faire enregistrer cette naissance dans les quatre mois d'icelle, au bureau du secrétaire-trésorier ou du greffier de la municipalité ou cité de son domicile, ou chez le juge de paix le plus proche. Cependant, comme je l'ai dit ailleurs *(b)*, cette disposition, malgré les termes formels dont elle se sert, ne peut être rendue efficace faute de sanction. Le statut qui l'a décrétée établissait, par son article 9, une pénalité n'excédant pas cinquante piastres pour les cas de contravention, mais cet article a été abrogé, par inadvertance probablement, lors de la refonte des statuts de la province de Québec. Il n'y a donc rien dans la loi qui ait l'effet d'obliger les parents de faire enregistrer la naissance de leurs enfants.

IV. Des enfants nés pendant un voyage en mer. — Le code Napoléon contient quelques dispositions quant à l'acte de naissance des enfants nés pendant un voyage en mer (art. 59 à 61). Il n'y a rien de tel dans notre droit. On devra remplir cette formalité à l'arrivée du vaisseau, mais si on ne le fait pas, comme l'enfant est né dans un endroit où l'on ne tient pas de registres, il pourra prouver la date de sa naissance suivant les dispositions de l'article 51.

V. Changement de nom.—Les tribunaux ont quelquefois permis aux personnes de changer les prénoms qui leur avaient été donnés par leur acte de naissance. Voir, à ce propos, la cause de *Ex parte, Hugh Andrew Allan* (15 R. L., p. 16), et les remarques que j'ai faites au sujet de cet arrêt, *supra* p. 202.

VI. Des personnes qui doivent signer l'acte de naissance. — L'article 55 dit que les actes de naissance " sont signés, dans les deux " registres, tant par celui qui les reçoit que par le père et la mère, " s'ils sont présents, et par le parrain et marraine, s'il y en a ; " quant à ceux qui ne peuvent signer, il est fait mention de la " déclaration qu'ils en font."

---

nière à substituer le secrétaire de la province à ce département. Les commissaires qui ont refondu les statuts de la province de Québec, 1888, ont fait des articles 7 et 8 de cette loi l'article 53*a* du code civil. Voir l'article 5784 S. R. P. Q.

(*a*) *Supra*, p. 178.

(*b*) *Supra*, p. 179.

A propos de la responsabilité que le père encourt par sa signature à l'acte, je trouve une singulière espèce dans la cause de *Lahay v. Lahay* (R. J. Q., 5 C. S., p. 261). Une fille, qui était mère d'un enfant illégitime, se marie et, plusieurs années après son mariage, fait baptiser cet enfant. Dans l'acte de baptême on a décrit l'enfant comme étant le fils et du mari et de la femme. Le mari a signé cet acte de baptême avec sa femme. Le juge Tait a vu, dans cette signature du mari, une reconnaissance par ce dernier de l'enfant en question et a refusé de lui permettre de contredire cette reconnaissance par la preuve testimoniale.

VII. Respensabilité de l'officier de l'état civil.—L'officier de l'état civil est appelé à exercer un grand soin afin de s'assurer de la sincérité de la déclaration que lui font les comparants, mais il n'est tenu que de recevoir leur déclaration et de l'enregistrer et, s'il a agi de bonne foi et prudemment, sa responsabilité est à couvert. Si celui qui presente l'enfant déclare qu'il en est le père, l'officier n'a qu'à enregistrer cette déclaration ; il ne peut être recherché en dommages au cas où cette déclaration serait fausse, à moins qu'il n'en fût complice. Si l'enfant est présenté par un autre que le père, l'officier en agira différemment suivant que l'enfant est légitime, naturel simple, ou naturel adultérin, ainsi que je l'ai dit plus haut *(a)*. Il faut observer, cependant, que l'officier de l'état civil entre nécessairement, comme, père, le nom de celui qui l'est d'après le mariage, suivant la maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Si donc le mari avertissait le curé ou ministre qu'il n'était pas le père de l'enfant de sa femme, que ce curé ou ministre allait être appelé à baptiser, je crois que ce dernier devrait ne tenir aucun compte d'un tel avertissement *(b)*. Il est indéniable que l'officier de l'état civil peut, dans certains cas, se trouver placé dans une position assez embarrassante, mais, je le répète, il mettra sa responsabilité entièrement à couvert s'il agit de bonne foi et avec prudence.

VIII. Des enfants nés de parents inconnus. — L'article 56 dit que “ dans le cas où il est présenté au fonctionnaire public un enfant “ dont le père ou la mère, ou tous deux, sont inconnus, il en est “ fait mention dans l'acte qui en doit être dressé.”

Les codes français contiennent également des dispositions qui pourvoient à l'enregistrement de la naissance des enfants trouvés. Toute personne qui trouve un enfant nouveau-né doit, sous peine

(*a*) *Supra*, pp. 210, 211.

(*b*) Voir ci-dessus, p. 211, ce que j'ai dit de l'acte de naissance de l'enfant naturel adultérin.

d'emprisonnement et d'amende, le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant et déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il a été trouvé. L'officier de l'état civil en dresse un procès-verbal où il énonce l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui sont donnés et l'autorité civile à laquelle il est remis. Ce procès-verbal est inscrit sur les registres.

Il n'y a, dans notre droit, rien de spécial quant à l'enregistrement de l'acte de naissance des enfants trouvés. On les baptise comme les autres enfants et on les inscrit comme étant nés de parents inconnus. D'après des dispositions statutaires que nous rapporterons en temps et lieu, certaines communautés qui les recueillent en ont la tutelle.

Quand le législateur se sert de l'expression *inconnu*, il ne veut pas dire que l'officier de l'état civil doit faire une enquête pour savoir si le nom du père ou de la mère, ou des deux, qu'on lui tait, est réellement inconnu. L'officier n'a qu'à enregistrer la déclaration que lui font les comparants (art. 39). Donc si les comparants lui déclarent que le père ou la mère de l'enfant est inconnu, le fonctionnaire public se contentera d'entrer cette déclaration dans l'acte. La sincérité de la déclaration des comparants est attestée par leur signature, l'officier de l'état civil n'est pas obligé d'aller au delà. Si les comparants ne déclarent que le nom du père ou de la mère, l'acte énoncera que le nom de l'autre parent est inconnu.

CHAPITRE III. — DES ACTES DE MARIAGE.

Mourlon, comme la plupart des autres auteurs, a renvoyé ce chapitre au titre du *Mariage*. Je suivrai son exemple, car il s'y trouve des dispositions qui seront mieux comprises quand j'aurai exposé les principes qui dominent la matière.

CHAPITRE IV. — DES ACTES DE SÉPULTURE (a).

Les dispositions que contient ce chapitre, peuvent se classer sous deux chefs. Il y a d'abord des mesures de police qui ont pour but : 1° de s'assurer du décès, afin de prévenir les inhumations trop précipitées ; 2° de s'enquérir, en cas de mort violente ou subite, ou lorsque le décès arrive dans une prison ou autre maison de détention, des circonstances qui peuvent expliquer cette mort par des causes naturelles, soit aider à la découverte des auteurs de cette mort, si elle est l'effet d'un crime ; 3° de réglementer les inhumations, ce qui du reste est un hors d'œuvre dans ce chapitre. Il y a ensuite des dispositions qui concernent la rédaction de l'acte de sépulture ; leur but est de constater le décès et de déterminer l'individualité de la personne inhumée.

I. Mesures de police pour la vérification du décès.— En France, aucune inhumation ne peut se faire sans une autorisation accordée par l'officier de l'état civil. Ici, les officiers de l'état civil n'accordent pas d'autorisation, mais les administrateurs des cimetières exigent une constatation de la cause du décès, par exemple—par le moyen d'un certificat de médecin.

Pour prévenir les inhumations précipitées, l'article 66 dit qu'" aucune inhumation ne doit être faite que vingt-quatre heures " après le décès ; et quiconque prend sciemment part à celle qui " se fait avant ce temps, hors les cas prévus par les règlements " de police, est passible d'une amende de vingt piastres ".

L'article 3459 des statuts refondus de la province de Québec, qui contient une semblable disposition, ajoute :

" Le présent article n'affecte pas les règlements faits à cet égard " par un bureau de santé, conformément à la section deuxième, du " chapitre troisième du titre septième des présents statuts refondus, " relativement aux dispositions spéciales dans les cas d'épidémie, " ainsi qu'aux règlements adoptés par le conseil provincial d'hy- " giène concernant la conservation de la santé publique."—51-52 V., c. 48, s. 1.

La réserve, quant aux règlements faits par un bureau de santé, réfère aux articles 3067-3079 des statuts refondus de la province de Québec. Pour ne pas surcharger ce volume, je renonçe à les reproduire ou à les résumer ici.

(a) Le code Napoléon ne parle que des actes de décès. Dans notre droit, il n'est question de ces actes qu'à l'article 42b du code civil et à l'article 3967 S. R. P. Q., dont je parlerai plus loin.

II. Mesures de police prescrites en cas de mort subite ou violente, ou lorsque le décès arrive dans une prison ou autre maison de détention. — L'article 69 de notre code dit que " lorsqu'il y a des signes ou " indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donnent " lieu de la soupçonner, ou bien lorsque le décès arrive dans une " prison, asile ou maison de détention forcée, autres que les asiles " pour les insensés, l'on ne peut faire l'inhumation sans y être au-" torisé par le coroner ou autre officier chargé, dans ce cas, de " l'inspection du cadavre."

Inutile de reproduire ici les dispositions de la loi qui règlent les enquêtes du *coroner*. On les trouvera dans des statuts spéciaux.

III. Mesures de police prescrites pour réglementer les exhumations. — " Le cadavre de toute personne morte de maladie conta-" gieuse," dit l'article 69*a*, " ne doit pas être exhumé avant les " cinq années qui suivent son inhumation, ou avant l'expiration " du laps de temps qui peut être fixé par le conseil provincial " d'hygiène.

" Sauf la disposition précédente," ajoute cet article," il est permis, " en suivant les prescriptions de la loi concernant les inhumations " et exhumations, d'exhumer un ou plusieurs cadavres de toute " église, chapelle ou cimetière, dans le but de réparer, construire " ou vendre ces église, chapelle ou cimetière, ou dans le but " d'inhumer de nouveau ces cadavres dans une autre partie de " ces mêmes église, chapelle ou cimetière ou dans le but de " réparer ou construire les tombeaux ou cercueils renfermant ces " cadavres."

Cet article a été ajouté par l'article 5787 des statuts refondus de la province de Québec. On ne voit pas très bien quel rapport il peut avoir avec les actes de sépulture qui sont l'objet de ce chapitre. Je cite, dans mon *Droit paroissial*, pp. 543 et suivantes, les dispositions des statuts refondus de la province de Québec concernant les inhumations et les exhumations.]]

IV. Rédaction de l'acte de décès. — L'acte de décès doit être dressé par l'officier de l'état civil, sur la *déclaration* de deux *témoins*. Ainsi, les rôles de *déclarants* et de *témoins* sont ici confondus.

[[L'article 67 de notre code n'exige pas, comme le droit français, que les témoins soient majeurs ou du sexe masculin. Du reste, il est en ces termes : " L'acte de sépulture fait mention du jour où elle " a lieu, de celui du décès, s'il est connu, des noms, qualité ou occu-" pation du défunt, et il est signé par celui qui a fait la sépulture " et par deux des plus proches parents ou amis qui y ont assisté, " s'ils peuvent signer ; au cas contraire, il en est fait déclaration."]]

Les *témoins déclarants* sont les deux plus proches parents [[ou amis qui ont assisté à la sépulture.

La loi n'impose à personne l'obligation de déclarer le décès, ni de faire faire l'inhumation. Elle suppose que la sépulture se fera à la diligence des parents et amis du défunt, ou à défaut d'amis ou parents, à la diligence des autorités municipales. Si aucun parent ou ami du défunt n'assiste à la sépulture, on prendra ailleurs des témoins de l'inhumation, mais puisqu'on doit donner le nom du défunt, il faut nécessairement que quelqu'un déclare la mort. Les autorités, au cas d'une mort violente, ne manquent pas de déposer le cadavre à la morgue, afin qu'il puisse être identifié. Si aucune identification ne se fait, on ne pourra mentionner le nom du défunt ni la date du décès à l'acte de sépulture, mais on y indiquera les circonstances de la découverte du cadavre, sauf à faire compléter l'acte plus tard, par jugement de rectification, s'il y a lieu.]]

L'acte de décès doit donc se borner à constater : 1° le fait même du décès ; 2° l'individualité de la personne décédée. Quant aux circonstances qui ont précédé ou accompagné le décès, l'acte qui le relate n'en doit pas faire mention. Ainsi, lorsqu'une personne s'est suicidée, lorsqu'elle est morte victime d'un assassinat, ou lorsqu'elle est décédée soit en prison, soit sur l'échafaud, ces circonstances de son décès ne doivent pas être relatées dans l'acte qui en a été dressé. La loi a pensé, avec raison, qu'il ne faillait pas perpétuer le souvenir de faits qui pourraient atteindre l'honneur de la famille.

[[L'article 68 dit que " les dispositions des deux articles précé-" dents *(a)* sont applicables aux communautés religieuses et aux " hôpitaux où il est permis de faire des inhumations."

Quoique l'article 68 n'en parle pas, je crois, qu'à moins d une disposition contraire, l'acte de sépulture doit être inscrit sur le registre de la paroisse où l'inhumation a lieu. Telles sont les dispositions de l'article 80 du code Napoléon, aux termes duquel, cependant, l'acte de décès est inscrit sur les registres de l'état civil du dernier domicile du défunt.

L'article 68 ne dit pas quels sont les hôpitaux ou communautés religieuses où l'inhumation peut se faire. C'est un point qui est réglé soit par des statuts spéciaux, soit par l'usage.

L'article 3967 des statuts refondus de la province de Québec,

---

(*a*) De toute évidence on réfère aux articles 66 et 67, que j'ai cités plus haut, l'article 66*a*, dont je parlerai dans un instant, ayant été ajouté par les statuts refondus de la province de Québec.

qui traite des devoirs de l'inspecteur d'anatomie quant aux cadavres livrés pour dissection, dit que lorsqu'un cadavre a été livré avant son inhumation à une école de médecine ou à une université, l'inspecteur ou sous-inspecteur d'anatomie qui l'a livré est tenu de se présenter, sous un délai de huit jours, dans la localité où le décès a eu lieu, devant le curé, prêtre ou ministre de la religion à laquelle appartenait la personne décédée, et de faire inscrire, sur le registre de l'état civil, un acte de décès, qui a le même effet que l'acte de sépulture et qui en tient lieu ;—à défaut par lui de ce faire, il est passible, pour chaque omission, d'une pénalité n'excédant pas cinquante piastres *(a)*.

Cet acte doit mentionner le jour du décès, les noms et prénoms, l'état, l'occupation, le sexe, l'âge du défunt *(b)*, le nom de l'institution où il est décédé ou de la place où il a été trouvé, et il est signé par l'inspecteur ou sous inspecteur d'anatomie, suivant le cas, et par la personne qui l'a inscrit.

Notre code ne contient aucune disposition quant à l'acte de décès des personnes décédées qu'on n'a pu inhumer pour la raison que ces personnes ont péri dans les flots ou dans un incendie ou autre accident, de telle sorte que leur corps n'a pu être retrouvé. C'est une lacune qui devrait disparaître et l'on pourrait, dans ce cas, dresser un acte de décès, comme pour les cadavres livrés à l'inspecteur d'anatomie. A cause de cette lacune même, on pourra prouver ce décès suivant le mode de preuve pourvu à l'article 51.

V. Endroit du cimetière où l'inhumation des catholiques doit se faire. — Nous trouvons à l'article 66*a* (ajouté par l'article 5786 S. R. P. Q.), la disposition suivante :

66*a*.—" Il appartient à l'autorité ecclésiastique catholique ro-
" maine de désigner dans le cimetière la place où chaque personne
" décédée de cette croyance doit être inhumée ; et si cette per-
" sonne décédée ne peut être inhumée d'après les lois canoniques,
" selon la décision de l'Ordinaire, dans la terre consacrée par les
" prières liturgiques de cette religion, elle reçoit la sépulture civile
" dans un terrain réservé à cet effet et attenant au cimetière."

La disposition qu'énonce cet article a été édictée à la suite de la décision du conseil privé dans la cause de *Brown & La Fabrique de Montréal*, mieux connu sous le nom de *procès Gui-*

(*a*) Voir l'article 42*b* du code civil pour l'endroit du registre où cet acte doit être inscrit. J'ai cité cet article, *supra*, p, 182.

(*b*) L'article 67 n'exige pas l'énonciation de l'âge du défunt.

bord. Ce n'est pas une matière de droit civil, mais de droit ecclésiastique ; j'en ai indiqué l'origine et expliqué le sens dans mon traité de *Droit paroissial* (p. 536), auquel je renvoie le lecteur.

CHAPITRE V. — DES ACTES DE PROFESSION RELIGIEUSE.

I. De l'origine des registres de profession religieuse et des communautés qui doivent les tenir. — Ce chapitre, comme l'expliquent les commissaires, est tout entier tiré du vieux droit français, savoir : de l'ordonnance de 1667 et de la déclaration de 1736. La seule différence, c'est la disposition de l'article 71 qui veut que les registres de profession religieuse soient paraphés comme les autres registres de l'état civil, au lieu de l'être, comme autrefois, par le supérieur ou la supérieure de la communauté. Le juge Day, n'ayant pas voulu admettre la doctrine de la mort civile des religieux, a considéré ce chapitre, qui veut faire dresser acte de la profession religieuse qui entraîne cette mort civile, comme inutile et n'a pas concouru dans le rapport de ses collègues.

L'article 70 dit que " dans toute communauté religieuse où il " est permis de faire profession par vœux solennels et perpétuels, " il est tenu deux registres de même teneur pour y insérer les " actes constatant l'émission de tels vœux."

L'article 15 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, qui est la source de l'article 70 du code civil, se lit comme suit : " Sera tenu " registre des tonsures, des ordres mineurs et sacrés, vêtures, " noviciats et profession de vœux, savoir aux archevêchés et " évêchés pour les tonsures, ordres mineurs et sacrés ; et aux " communautés régulières pour les vêtures, noviciats et profes- " sions, lesquels registres seront en bonne forme reliés et les " feuillets paraphés par premier et dernier par l'archevêque ou " évêque ou par le supérieur ou la supérieure des maisons reli- " gieuses, chacun à son égard ; et seront approuvés par un acte " capitulaire inséré au commencement du registre."

On trouve au volume 2 des *Édits et Ordonnances*, p. 167, un arrêt du conseil souverain qui ordonnait que cet article et les autres articles du même titre se rapportant à la tenue des registres des baptêmes, mariages et sépultures fussent exécutés selon leur

forme et teneur. L'arrêt constate que les dispositions en question avaient été observées seulement en partie en certains lieux, et point du tout dans d'autres.

L'article 70 du code civil n'a conservé, de l'article 15 de l'ordonnance, que les dispositions qui exigent la tenue des registres aux communautés religieuses où l'on prononce des vœux solennels et perpétuels. Le juge Loranger décide, comme il l'a fait en ce qui se rapporte à la mort civile des religieux, que ces registres doivent être tenus par l'Hôtel-Dieu de Québec et de Montréal, par l'Hôpital-Général de Québec, et par les Ursulines de Québec et de Trois-Rivières *(a)*.

II. De la forme de ces registres et des faits qui doivent y être énoncés.—L'article 71 est de droit nouveau. Il veut que ces registres soient cotés et paraphés comme les autres registres de l'état civil, et que les actes y soient inscrits en la manière exprimée en l'article 46. Ainsi qu'on l'a vu à l'article 15 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, les registres de profession religieuse étaient, sous l'ancien droit, paraphés par le supérieur ou la supérieure de la communauté. L'article 71 met ces registres sur le même pied que les autres registres de l'état civil.

Maintenant que doivent énoncer ces actes ? L'article 72 répond que les actes de profession religieuse " font mention des noms " et prénoms et de l'âge de la personne qui fait profession, du lieu " de sa naissance et des noms et prénoms de ses père et mère.

" Ils sont signés par la partie elle-même, par la supérieure de " la communauté, par l'évêque ou autre ecclésiastique qui fait la " cérémonie, et par deux des plus proches parents ou par deux " amis qui y ont assisté."

Cette disposition est tirée de l'article 27 de la déclaration de 1736, elle est indiquée comme étant de droit ancien. Cela peut soulever de nouveau la question de l'enregistrement des ordonnances, car la déclaration de 1736 n'a jamais été enregistrée au greffe du conseil souverain, et partant, suivant notre jurisprudence, doit être réputée n'avoir pas été en vigueur en ce pays *(b)*. Mais le juge Loranger *(c)* fait remarquer que le conseil souverain, revêtu du même pouvoir que les parlements en France, a pu avoir ordonné l'exécution d'une loi sans l'avoir enregistrée, et il trouve

---

(*a*) *Commentaire sur le code civil*, t. 1er, p. 414.

(*b*) Voir la discussion de cette question, *supra*, p. 21.

(*c*) Tome Ier, p. 417.

que le conseil souverain a effectivement ordonné cette exécution par son arrêt du 12 juin 1741 *(a)*.

On remarquera que l'article 72 ne parle que de la "supérieure" et non du "supérieur" de la communauté. Les codificateurs ont considéré que la mort civile n'avait son application qu'à l'égard des communautés de filles *(b)*.

III. De la durée et de la publicité des registres de profession religieuse.—L'article 73 dit que ces "registres durent pendant cinq "années, après lesquelles l'un des doubles est déposé comme dit "en l'article 47; et l'autre reste dans la communauté pour "faire partie de ses archives."

Cette disposition reproduit identiquement celle de l'article 28 de la déclaration de 1736.

Les registres de profession religieuse sont publics comme les autres registres de l'état civil. Toute personne, donc, intéressée ou non, peut en requérir extrait. L'article 74 porte que "les "extraits de ces registres, signés et certifiés par la supérieure de "la communauté, ou par les dépositaires de l'un des doubles, sont "authentiques et sont délivrés par l'une ou par les autres au "choix et à la demande de ceux qui les requièrent."

Le juge Loranger *(c)* est d'avis que les supérieures des communautés ne seraient pas passibles de la pénalité édictée par l'article 53 qui dit que toute contravention aux articles du présent titre, "de la part des *fonctionnaires* y dénommés" est punissable d'une amende qui n'excède pas $80 et qui n'est pas moins de $8. Il en donne pour raison que malgré que la loi dit que les extraits seront certifiés par la supérieure, l'article 70 ne charge aucune personne de tenir ces registres, et, par conséquent, on ne peut pas dire que la supérieure est fonctionnaire dans le sens de l'article 53. Il ajoute cependant qu'on pourrait la contraindre à délivrer des extraits du registre, en se basant sur les dispositions de l'article 1238 du code de procédure civile qui dit expressément que les supérieures des communautés, où il y a eu profession religieuse, sont tenues de satisfaire aux prescriptions de la loi relativement aux registres des actes de l'état civil et peuvent y être contraintes par telles voies et sous telles peines et dommages que de droit. Quant au mode de contrainte, le seul qui soit pourvu par la loi,

---

(a) *Edits et Ordonnances*, t. II, p. 204. Du reste, l'existence de la déclaration de 1736 a été reconnue par le statut 35 Geo. III, ch. 4.

(b) Voir ce que nous avons dit de cette question, *supra*, p. 150.

(c) *Loc., cit.*, pp. 370 et 421.

c'est le *mandamus*. Le juge Loranger dit qu'on pourrait ainsi forcer la communauté à tenir registre des professions religieuses, mais tandis qu'une personne intéressée ou non peut requérir des extraits du registre, il faudrait y être intéressé pour pouvoir exiger que la communauté tienne des registres. Toute personne est intéressée quand ses droits peuvent être affectés par la profession de la religieuse. Les mêmes personnes pourraient réclamer des dommages le cas échéant.

TITRE TROISIÈME

DU DOMICILE

---

§ I. — *Généralités.*

I. De l'importance ou des effets du domicile. — Lorsque la France était divisée en pays de droit écrit et pays de droit coutumier, que les pays de droit coutumier étaient régis par soixante coutumes générales et plus de trois cents coutumes spéciales, rien n'était plus important que la détermination exacte du domicile des personnes : car, suivant qu'on était domicilié dans telle ou telle province, dans telle ou telle localité, on était soumis à telle ou telle législation particulière. Ainsi, s'agissait-il de déterminer l'époque de la majorité, les droits de primogéniture, de succession, les principes de la tutelle ou de la curatelle... il fallait avant tout connaître le domicile des parties, afin de savoir à quelle loi, à quelle coutume elles étaient soumises.

Aujourd'hui que la législation est uniforme, le domicile a beaucoup perdu de son importance. Cependant il produit encore des effets importants. Signalons-les :

1° *Il supplée la personne quant aux notifications d'actes qui doivent lui être faites.* — Ainsi, par exemple, lorsque je vous assigne en payement d'une somme, l'acte ou l'exploit par lequel je vous appelle en justice peut vous êtes signifié, soit à vous-même en quelque lieu que l'huissier vous rencontre, soit à votre *domicile*, alors même que vous n'y êtes pas. La copie de l'exploit est alors laissée à [[l'un des membres de votre famille]] auquel la loi confie le soin de vous la remettre.

2° *Il peut déterminer* EN MATIÈRE MOBILIÈRE *et* EN MATIÈRE PERSONNELLE [[*comme en matière réelle ou immobilière*]] *la compétence du tribunal.* — Lorsqu'un procès s'engage, il importe de savoir devant quel tribunal il doit être porté. Le droit contesté est-il *réel* et *immobilier ;* s'agit-il d'un droit de propriété, d'usufruit ou de servitude sur un immeuble : la connaissance de ce différend appartient, [[soit au tribunal du domicile du défendeur, soit]] au tribunal dans le ressort duquel se trouve

situé l'immeuble litigieux. Le droit contesté est-il *personnel ;* s'agit-il d'une obligation, dont l'une des parties demande l'exécution, tandis que l'autre en nie l'existence : l'affaire doit être, [[sauf le cas de signification personnelle ailleurs, ou d'un droit prenant naissance dans un autre district]] portée devant le tribunal du *domicile* du défendeur : *Actor sequitur forum rei.*

3° [[*Le lieu où les publications des bans doivent être faites.*— L'article 130 exige que les publications de bans se fassent au domicile des époux, encore faut-il que ce domicile soit établi par une résidence de six mois, sans quoi les publications se font au dernier domicile.]]

4° *Le lieu où s'ouvre la succession d'une personne décédée.*— Une personne *domiciliée* à Paris meurt à Marseille où elle *réside :* sa succession est ouverte à Paris. C'est donc à Paris et au domicile du défunt que devront être faites les notifications des actes qu'il convient de porter à la connaissance des héritiers. C'est là, que devront être formées : 1° la demande en partage ; 2° la demande des créanciers du défunt qui veulent être payés avant le partage ; 3° la demande en délivrance des legs, tant que le partage n'est pas consommé. Après le partage, on rentre dans le droit commun : chaque héritier, actionné par un créancier ou par un légataire, doit l'être devant le tribunal de son propre domicile.

Ainsi, jusqu'au partage, c'est le tribunal du domicile du défunt qui est compétent pour toutes les affaires concernant sa succession. Ce tribunal, mieux que tout autre, peut les juger en parfaite connaissance de cause, rapidement et avec économie : car c'est au domicile du défunt que se trouvent, le plus habituellement, la masse des biens à partager, les papiers à consulter, les documents à recueillir ; c'est là que se réunissent les héritiers, là qu'on est sûr de les trouver, tandis que leur propre domicile est peut-être ignoré. Si, d'ailleurs, les créanciers et les légataires étaient obligés d'agir contre chacun d'eux isolément et à son propre domicile, il faudrait alors autant de poursuites que d'héritiers ; de là des lenteurs et surtout des frais considérables, double inconvénient qu'on évite en centralisant toutes les poursuites devant le même tribunal *(a).*

5° *Le lieu où doit être convoqué le conseil de famille appelé*

(*a*) Tout ceci n'étant donné qu'à titre d'exemple, et la question étant une affaire de procédure, je me contente de renvoyer aux dispositions de l'article 39 du code de procédure. L'action des créanciers contre les héritiers me paraît tomber sous les règles du droit commun.

à nommer un tuteur ou à prendre part aux opérations de la tutelle (art. 249).

II. Définition du domicile et de la résidence. — Le mot *domicile* vient de *domus*, maison, et de *colere*, habiter. Dominés par cette étymologie, nos anciens auteurs le définissaient : " *le lieu* où une personne a établi le siège principal de sa demeure et de ses affaires, où elle a ses papiers, qu'elle ne quitte que pour quelque cause particulière, d'où, quand elle est absente, on dit qu'elle voyage, et où, quand elle revient, on dit qu'elle est de retour " (1).

Le projet du code Napoléon reproduisait cette définition, en ces termes : " Le domicile est *le lieu* où une personne a son principal établissement."

Cette rédaction a été abandonnée et remplacée par celle-ci : " Le domicile est *au lieu* où une personne a son principal établissement " *(a)*.

Dans le premier système, le domicile est LE LIEU où l'on a sa principale habitation, la maison même où l'on a établi le siège de ses affaires, sa demeure habituelle. Dans le second, la loi nous dit bien que le domicile EST AU LIEU où l'on a son principal établissement, mais elle ne le définit point ; elle indique le lieu où il est, mais elle ne dit point ce que c'est. Toutefois, il est certain qu'elle ne le considère plus comme une *réalité matérielle ;* qu'à ses yeux, ce n'est plus, comme autrefois, la maison *même* où l'on a fixé sa principale demeure. L'idée matérielle est remplacée par une idée juridique : le domicile est devenu une abstraction, un pur effet de droit. Partant de là, la plupart des auteurs le définissent : *Une relation légale et purement intellectuelle entre une personne et le lieu où elle a son principal établissement* (2).

---

(1) Comp. Dioclétien et Maximien, L. 7, C., *De incolis* (X, XXXIX). [[Voici le texte même de cette définition : *In eo loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit ; unde non sit discessurus, si nihil avocet ; unde cum profectus est, peregrinari videtur ; quo si rediit peregrinari jam destitit.*]]

(2) Dem., t. I, p. 197 ; Dur., t. I, n° 351 ; Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 3 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 236 ; *Explic. somm.*, p. 54 ; MM. Aubry et Rau, t. I, § 141, p. 575.

(*a*) L'article 79 de notre code civil dit que " le domicile de toute " personne, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où elle " a son principal établissement." Sauf la substitution du mot " personne " au mot " Français," cet article est une copie textuelle de l'article 102 du code Napoléon. Notre article s'applique donc, non-seulement aux Canadiens, mais à toute personne quelle que soit sa nationalité.

Une personne, a-t-on dit, peut être en relation : 1° avec *une chose :* cette relation constitue le droit de propriété ; 2° avec *une autre personne :* cette relation constitue le droit de famille, et, dans certains cas, le droit de créance, c'est-à-dire le droit d'exiger un avantage pécuniaire ; 3° avec *un lieu :* cette relation constitue *le domicile.* Mais, de même qu'on désigne souvent le droit de propriété par la chose même qui en est l'objet (on dit, en effet, cette chose est à moi, c'est ma chose, pour : j'ai un droit de propriété sur cette chose), souvent aussi dans la pratique, et quelquefois dans la loi, le lieu où est le domicile est pris pour le domicile même.

Ainsi, *scientifiquement*, le domicile est la relation légale entre une personne et le lieu, la maison, où elle a fixé sa principale demeure, le siège de ses affaires. *Pratiquement*, c'est le lieu même, la maison avec laquelle on est en relation.

M. Ortolan (*Instit. expliq.*, *Généralisat. du dr. rom.*, n° 80) admet que le domicile n'est pas *le lieu* où l'on a son principal établissement ; mais il critique la définition abstraite qui en a été donnée. " Qu'on essaye, dit-il, de la mettre à la place du mot défini, on verra quelle étrange cacophonie il en résultera : faire un commandement *à domicile*, ce sera faire un commandement *à relation légale ;* disparaître de *son domicile*, ce sera disparaître *de sa relation légale......*

" Cette définition n'apprend rien, d'ailleurs. Le domicile est une relation...... mais qu'est-ce que c'est que cette relation ? en quoi consiste-t-elle ? C'est ce qu'on ne dit pas."

Pour M. Ortolan, le domicile est : " Le siège légal d'une personne, siège où elle est censée être, aux yeux du droit et pour l'application du droit, soit que corporellement elle s'y trouve, soit qu'elle ne s'y trouve pas ; en d'autres termes, c'est la demeure qu'une personne est toujours censée avoir, aux yeux de la loi, pour l'exercice de certains droits."

Dans ce système, le domicile peut être défini : *le lieu où la personne est toujours présumée présente par elle-même ou par un mandataire qui la remplace.* Ce lieu est celui où elle a son principal établissement.

Comme toute présomption légale, celle-ci peut être contraire à la vérité : car la personne peut, en fait, n'être pas présente au lieu où elle a son principal établissement. Mais alors elle est coupable : quand elle s'absente, elle doit charger quelqu'un de la représenter, de recevoir pour elle les notifications qui lui seront

faites. Les tiers qui ont des rapports de droit avec elle ne doivent pas souffrir de sa négligence *(a)*.

Le domicile, disons-nous, est le lieu où la personne a son *principal établissement*. Le mot *établissement* n'a point ici de sens précis et rigoureusement déterminé. Ainsi, un enfant en bas âge a un domicile, bien qu'il n'ait point d'établissement, dans le sens propre de ce mot. L'établissement dont il est question consiste dans l'intérêt, de quelque nature qu'il soit, intérêt de famille, de propriété, de fonctions, qui attache une personne à un certain lieu. Cet intérêt (l'établissement) est *principal*, lorsqu'il est tel qu'il nous attache à un lieu de préférence à tout autre.

Notre article porte que le domicile, *quant à l'exercice des droits civils*, est au lieu où... Ces expressions, *quant à l'exercice des droits civils*, n'ont pas le sens qu'elles semblent avoir. Elles ne signifient point qu'on ne peut exercer ses droits civils que là où l'on est domicilié : car la plupart des droits de cette nature sont indépendants du domicile. Ainsi, on peut partout, en quelque lieu que ce soit, acheter et vendre, faire ou recevoir des donations, tester, etc. Les droits civils dont l'exercice ne peut avoir lieu qu'au domicile sont peu nombreux ; je les ai signalés ci-dessus.

En employant les expressions *quant à l'exercice des droits civils*, les rédacteurs du code n'ont eu qu'un but : ils ont voulu montrer qu'ils n'entendaient s'occuper du domicile que sous le rapport des droits civils, afin de laisser aux lois spéciales le règlement du *domicile politique.* — Ces deux domiciles sont le plus souvent dans le même lieu ; mais ils peuvent être séparés.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, (n° 297) distingue le *domicile* de la *résidence*, et la *résidence* de l'*habitation*. " Le *domicile*, dit-il, est le siège légal d'une personne, c'est son siège juridique et par suite, quelquefois fictif.... La *résidence* est le siège réel, le siège de fait d'une personne. Elle est au lieu de l'habitation ordinaire de la personne, par conséquent soit au domicile, soit ailleurs. Une même personne peut avoir plusieurs résidences, une résidence d'été et une résidence d'hiver par exemple, tandis qu'elle ne peut avoir qu'un domicile, parce que le domicile est situé au lieu, nécessairement unique, du principal établissement, c'est-à-dire de celui qui l'emporte sur les autres. Enfin l'*habitation* est le siège accidentel de la personne. Elle est partout où l'on se fixe, même pour un très court espace de temps, en voyage par exemple, dans toutes les localités où l'on s'arrête pour les explorer." Il ajoute que "la résidence et l'habitation résultent d'un lien *de fait* entre une personne et un certain lieu où elle habite même temporairement.... tandis que le domicile résulte d'un lien beaucoup plus résistant, d'un lien *de droit* entre la personne et un certain lieu où se trouvent concentrés ses intérêts, où par suite elle est présumée habiter le plus souvent ou tout au moins être représentée par quelqu'un même en son absence, de sorte qu'au domicile on doit toujours trouver ou la personne elle-même ou son représentant." Cette définition est en substance la même que celle donnée par Ortolan.

Le *domicile* ne doit pas être confondu avec la *résidence*. L'un est un *droit*, l'autre est un *fait*.

La *résidence*, dans le sens propre et rigoureux, est un lieu où l'on se trouve actuellement ; elle s'acquiert par l'habitation et se perd avec elle. Je réside là où je suis et tant que j'y suis.

Le *domicile*, au contraire, est indépendant de l'habitation ; on ne l'acquiert point, on ne le perd point nécessairement avec elle. Ainsi, on peut être domicilié dans un lieu *où l'on n'a jamais résidé, qu'on ne connaît pas*. Une jeune fille épouse à Marseille, où elle est domiciliée, un jeune homme qui a son domicile à Paris : dès que le mariage est célébré, cette jeune fille, devenue femme, a son domicile chez son mari, et, par conséquent, à Paris (art. 83), où peut-être elle n'est jamais venue. Il est possible, à l'inverse, qu'on ne soit pas domicilié dans le lieu où l'on a eu sa résidence pendant dix, quinze ans, pendant toute sa vie peut-être. Une femme mariée domiciliée à Marseille accouche à Paris, où elle laisse son enfant ; cet enfant, aujourd'hui âgé de vingt ans, a toujours habité Paris, chez la personne à laquelle il a été confié : il a son domicile où il n'a jamais résidé, chez son père, à Marseille, et sa résidence à Paris, où il n'est point domicilié (art. 83).

Je viens de dire que la résidence se perd, dès qu'on cesse d'habiter là où l'on réside ; cela n'est vrai toutefois qu'en prenant le mot *résidence* dans son sens rigoureux. Que si, au contraire, on l'apprécie *juridiquement*, quant aux effets civils que la loi y attache (elle tient lieu du domicile lorsqu'il est inconnu), alors elle n'est plus si étroitement subordonnée au fait de l'habitation : une absence de quelques jours, un voyage, ne la fait pas perdre, s'il est démontré d'ailleurs que l'absent ne l'a quitté qu'accidentellement et avec l'intention de la reprendre bientôt.

III. Des différentes espèces de domicile. — Le domicile est *réel* ou *d'élection*.

Le premier est *général ;* le second est *spécial*, choisi pour une affaire particulière (art. 85). Personne ne peut avoir plus d'un domicile *réel ;* on peut, au contraire, avoir autant qu'on veut de domiciles *d'élection*. C'est un point que je démontrerai bientôt.

— Le domicile réel se subdivise en domicile *d'origine* et domicile *acquis*.

Le domicile acquis se subdivise, à son tour, en domicile *volontairement acquis* et domicile *établi par la loi*.

§ II. — *Du domicile* RÉEL *et* GÉNÉRAL.

I. Du domicile d'origine. — Toute personne reçoit, à sa naissance, un domicile.

L'enfant légitime a son domicile chez son père, à défaut du père, chez sa mère.

L'enfant naturel a le sien chez le père ou la mère qui l'a reconnu. S'il a été reconnu par l'un et par l'autre, on décide généralement qu'il est domicilié chez son père, dont il porte le nom et sous l'autorité duquel il est placé (1). Toutefois, Demante pense qu'il n'y a pas de raison pour lui attribuer le domicile du père plutôt que celui de la mère. " On lui donnera, dit-il, le domicile que les circonstances indiqueront, et ce devra être évidemment celui de la mère, s'il habite avec elle, tandis qu'il n'a que de trois rares rapports avec son père " (2).

— S'il n'a été reconnu ni par l'un ni par l'autre, il son domicile dans l'hospice où il a été placé, ou chez son tuteur, si on lui en a donné un. S'il a été recueilli par une personne qui en prend soin et avec laquelle il habite, il est alors domicilié chez elle, car c'est là qu'il a son principal établissement.

II. Du domicile acquis, c'est-à-dire du domicile choisi volontairement; —*En d'autres termes,* **du changement du domicile.**—L'enfant qui n'est pas encore majeur, ou au moins émancipé, conserve, qu'il le veuille ou qu'il ne le veuille pas, le domicile que la loi lui a donné, son domicile d'origine, ou plutôt le domicile de son père ou de sa mère, car le domicile qu'il a reçu à sa naissance subit toutes les variations qu'éprouve celui de son père ou de sa mère.

Lorsqu'il est majeur ou émancipé, sa majorité ou son émancipation ne lui fait pas perdre sans doute son domicile d'origine; mais il n'est plus, comme par le passé, obligé de le conserver : la loi lui permet de le changer au gré de son intérêt ou de son caprice, et de le transporter où bon lui semble.

Ce changement de domicile, il ne peut l'opérer que par le fait d'une *habitation réelle* dans un autre lieu, joint à *l'intention* d'y fixer son principal établissement.

Ainsi, deux conditions sont exigées : 1° habitation réelle effectuée dans un autre lieu que celui où l'on a son domicile actuel; 2° intention de fixer dans ce nouveau lieu son principal établissement.

---

(1) Voy. notamment M. Laurent, t. II, n° 88.
(2) *Cours analyt.*, t. I., p. 205.

Le fait de l'habitation dans un autre lieu est toujours facile à vérifier.

Mais comment l'*intention* d'y fixer son principal établissement se reconnaîtra-t-elle ?

Si la personne qui se propose de changer son domicile veut ne laisser aucune incertitude sur son intention et avoir un domicile notoire, certain, [[elle peut en faire une déclaration expresse. En France,]] la loi lui en fournit un moyen facile : qu'elle déclare expressément l'intention où elle est de changer de domicile, d'une part, à la mairie du lieu qu'elle quitte, d'autre part, à la mairie du lieu où elle veut s'établir. Cette double déclaration fait preuve complète de son intention *(a)*.

La déclaration, faite à l'une des mairies seulement, ne suffirait point. Elle indiquerait, en effet, plutôt le *projet* que l'intention bien arrêtée d'un changement de domicile ; le défaut de déclaration dans l'une des mairies pourrait d'ailleurs, induire en erreur les tiers qui chercheraient dans celle-là leurs renseignements.

A défaut de cette double déclaration, la preuve de l'intention résultera des circonstances. Mais quelles sont les circonstances d'où on pourra l'induire ? La loi n'en indique particulièrement aucune ; elle les abandonne toutes à la sagacité et à l'appréciation des juges.

Parmi les circonstances propres à la manifestation de l'intention de changer son domicile, on cite particulièrement les suivantes :

1° La personne a, dans la localité nouvelle où elle habite, participé aux avantages attaché au domicile, par exemple, [[elle a joui d'un droit de commune réservé à ceux qui sont domiciliés en cette localité ;]]

2° Elle y a, sans contestation, payé [[une taxe,]] laquelle n'est due que dans l'endroit du domicile réel ;

3° Elle a comparu, en matière personnelle, devant le tribunal du lieu où elle habite actuellement, sans demander son renvoi devant le tribunal du lieu de son ancien domicile ;

4° Elle a vendu tous les biens qu'elle avait à son ancienne habitation, et elle en a acquis au lieu de son habitation nouvelle ; toute sa famille l'y a suivie.

(*a*) L'article 104 du code Napoléon offre à la partie qui désire changer de domicile, ce moyen de manifester son intention. "Notre "article", disent les codificateurs, "ne parle pas de ces déclarations "auxquelles notre système se prêterait difficilement : cependant si "elles étaient faites et reçues, elles ne manqueraient pas d'avoir "leur effet". Du reste, M. Baudry-Lacantinerie (n° 314) constate que cette manifestation expresse de l'intention de changer de domicile n'est guère en usage.

Le *concours* de ces deux conditions, le *fait* de l'habitation réelle dans un autre lieu, joint à *l'intention* de s'y fixer, est indispensable pour opérer le changement de domicile. Ainsi :

1° La simple translation de résidence, si prolongée qu'elle soit, ne suffit point. Un avocat, domicilié à Versailles, est nommé procureur de la République à Paris. Il se fixe là où il est appelé à exercer ses fonctions ; il s'y loge, il y vit, il y demeure habituellement. Mais il a laissé sa femme, ses enfants, sa famille, ses propriétés, ses capitaux, à Versailles, où il va autant de fois que ses fonctions le lui permettent : son habitation à Paris, eût-elle duré dix, quinze ou vingt ans, n'est qu'une *résidence !* Ce n'est pas là, en effet, qu'il a son principal établissement. C'est à Versailles qu'il a ses affections, ses intérêts ; c'est là qu'il est domicilié.

2° L'intention de fixer son principal établissement dans un lieu nouveau, mais où l'on n'habite point, reste également sans effet, si évidente qu'elle soit. Paul a déclaré à la mairie de Marseille, où il est domicilié, l'intention de transporter son domicile à Paris ; il a fait faire à l'une des mairies de Paris, par le ministère d'un mandataire, la même déclaration ; ses meubles sont déjà arrivés à Paris, où il a même fait des acquisitions ; il part pour s'y rendre, mais il meurt en route : le transfert de son domicile n'a pas eu lieu ! il est mort domicilié à Marseille ; c'est là que s'est ouverte sa succession.

Mais, dès que la prise de possession a eu lieu, aussitôt que la personne est définitivement fixée dans sa nouvelle habitation, si courte qu'elle soit, n'eût-elle duré qu'un jour, la translation du domicile a lieu immédiatement : le code n'a pas, en effet, reproduit l'article 173 de la coutume de Paris, qui exigeait que l'habitation nouvelle eût au moins duré un an et un jour.

En résumé, le domicile est indépendant de la résidence ; on le conserve par la seule intention. Deux conditions sont nécessaires pour le déplacer : 1° l'habitation réelle dans un autre lieu ; 2° l'intention d'y fixer son principal établissement. L'habitation sans intention, ou l'intention sans l'habitation, n'opère point la translation du domicile.

[[Nous trouvons dans notre jurisprudence quelques arrêts sur le changement de domicile. Pour la plupart, cependant, ils ne font qu'affirmer les principes qui sont clairement énoncés par le code. Ainsi, dans la cause de *Cressé v. Baby* (10 L. C. J., p. 313), on a décidé qu'une personne venant en cette province avec l'intention d'y résider, acquiert un domicile et que son intention peut être prouvée par ses actes subséquents.

Dans la cause de *Waldron v. Brennan* (23 L. C. J., p. 268), il a été jugé qu'un changement temporaire de résidence n'effectue pas un changement de domicile. Il faut que la personne en question ait manifesté l'intention de demeurer en permanence à sa nouvelle résidence ou d'en faire son principal établissement.

Dans la cause de *McMullen & Wadsworth*, jugée par le conseil privé en 1889 (les différents rapports de cette cause se trouvent dans les volumes suivants : cour d'appel, M. L. R., 2 Q. B., p, 113 ; cour suprême, 12 Suprême Courts Reports, p. 466 ; conseil privé, 12 L. N., p. 314), il s'agissait de déterminer l'effet de la déclaration dans l'acte de mariage d'une personne, dont le domicile d'origine était en Irlande, que cette personne était de la cité de Québec. Après son mariage, Wadsworth avait quitté Québec, où il se trouvait temporairement, et s'était rendu sur la rivière Bonnechère, dans le Haut Canada, où il était engagé dans le commerce de bois. La cour d'appel avait vu, dans cette déclaration, la marque de l'intention de Wadsworth de fixer son domicile matrimonial à Québec, mais ce jugement a été infirmé par la cour suprême et le jugement de ce dernier tribunal a été confirmé par le conseil privé. Ce qui manquait en effet, dans l'espèce, pour constituer le changement de domicile, ce n'était pas la déclaration de l'intention de changer de domicile, celle-là apparaissait aux registres de l'état civil, mais c'était le fait de l'habitation réelle dans un autre lieu.]]

III. Du domicile établi par la loi. — La loi fixe elle-même le domicile de certaines personnes. Ainsi :

1° *Les fonctionnaires* nommés A VIE *ont leur domicile dans le lieu de l'exercice de leurs fonctions (a).*—Les fonctions organisées par notre droit public peuvent être :

Temporaires, c'est-à-dire conférées pour un temps limité, à partir duquel elles cessent de plein droit : telle est, par exemple, la fonction de [[maire ou conseiller d'une ville.]]

Perpétuelles, c'est-à-dire sans terme limité, à partir duquel elles cessent de plein droit : telles sont les fonctions de juge.

Révocables, ou sujettes à destitution par le gouvernement, comme les fonctions de [[ministre ou d'employé civil.]]

Irrévocables, ou inamovibles, comme les fonctions de député.

(*a*) Telle est la disposition de l'article 107 du code Napoléon. Nos codificateurs avaient proposé un article dans le même sens, mais cet article a été omis après discussion, pour la raison que la règle qu'il énonce est comprise en l'article 79.

— Une fonction peut être :

Tout à la fois *temporaire* et *irrévocable*, comme la fonction de député;

Ou *perpétuelle* et *révocable*, comme la fonction [[d'employé civil permanent]] ;

Ou, enfin, *perpétuelle* et *irrévocable*, comme la fonction de juge. On l'appelle alors *fonction à vie (a).*

L'acceptation d'une fonction publique n'emporte pas toujours translation de domicile dans le lieu où la personne qui en est investie est appelée à l'exercer. La loi fait à cet égard une distinction :

L'acceptation d'une fonction *temporaire* quoique *irrévocable*, comme la fonction de député, ou d'une fonction *révocable* quoique *perpétuelle*, comme la fonction [[d'employé civil permanent]], n'emporte point de plein droit et par elle-même translation de domicile. Le fonctionnaire qui l'accepte conserve donc son ancien domicile ; à moins pourtant que d'autres circonstances, jointes à celle de l'acceptation de la fonction dont il a été investi, n'établissent clairement qu'il a eu l'intention d'avoir son principal établissement dans le lieu même où il doit remplir son devoir de fonctionnaire. Ainsi, [[un individu domicilié à Montréal]] est nommé [[employé civil permanent à Ottawa]] ; il aliène à [[Montréal]] toutes ses propriétés, et vient à [[Ottawa]], où il fait des acquisitions nouvelles ; sa femme, ses enfants l'y ont suivi : ces circonstances, et d'autres que je néglige, prouvent suffisamment l'intention où il est de changer de domicile ; c'est à [[Ottawa]] qu'est réellement son principal établissement, c'est là qu'il a son domicile (1). Mais il n'y est pas enchaîné ; il peut, s'il le juge à propos, le transporter dans un autre lieu, conformément à l'article 80.

---

(1) Les juges du fait apprécient souverainement les circonstances. Voy. M. Demol., t. I, n° 366 ; Val., *Cours du C. civ.*, p. 132. Voy. aussi l'arrêt de la cour de cassation, du 28 mai 1872 (Sir., 73, 1, 149).

(*a*) Nous avons deux classes de fonctionnaires, ceux qui sont nommés durant bonne conduite, comme les juges, ce sont des fonctionnaires à vie, et ceux qui sont nommés durant bon plaisir, ce sont des fonctionnaires révocables. Ainsi les juges ne peuvent être révoqués que pour cause, et sur vote des deux chambres du parlement. Ce sont donc des fonctionnaires à vie, et on peut même dire i rrévocables, car la révocation ne s'en fait que par voie extraordinaire. Les autres fonctionnaires nommés durant bon plaisir sont révocables *ad nutum*. Il y a aussi, dans le service civil, des employés permanents et des employés surnuméraires, mais même ceux-là sont nommés durant bon plaisir.

[[Dans la cause de *Ryan & Malo* (12 L. C. R., p. 8), la cour d'appel a jugé qu'une personne nommée à une charge temporai e dans un endroit où elle s'est transportée seule, laissant néanmoins sa famille pour quelque temps encore au domicile qu'elle avait lors de sa nomination, n'est pas censée avoir changé son domicile.]]

L'acceptation d'une fonction *à vie*, c'est-à-dire *perpétuelle* et *irrévocable*, emporte, au contraire, [[dans la plupart des cas]] translation de domicile. Le devoir du fonctionnaire *à vie* exigeant sa perpétuelle résidence dans le lieu où ses fonctions l'appellent, [[on présumera facilement]] que son intention est de s'y fixer, d'y avoir son principal établissement, et, par conséquent, son domicile. [[Mais, vu le rejet par les commissaires d'un article proposé, et qui reproduisait l'article 107 du code Napoléon, il faudra un *fait* pour donner effet à cette *intention*.

On décide en France que le]] transport du domicile par *l'acceptation* d'une fonction à vie a lieu *instantanément*, avant même que le fonctionnaire soit arrivé dans le lieu où ses fonctions l'appellent. Ainsi un juge du tribunal de Marseille est nommé juge à Paris ; il accepte et se met en route ; mais la mort le surprend et l'empêche d'arriver : sa succession est ouverte à Paris.

[[Nous n'irons pas aussi loin. Par la suppression de l'article qui disait la même chose que l'article 107 du code Napoléon, les commissaires ont déclaré qu'ils ne voulaient consacrer qu'une seule règle, le domicile devant être, dans tous les cas, au principal établissement. Donc le fonctionnaire à vie n'aura son nouveau domicile que lorsqu'il y sera effectivement établi. Voir, dans le même sens, Pothier, *Introd. aux coutumes*, n° 15.]]

Mais quel est le moment précis de l'acceptation et, par suite, du changement de domicile ? Ce moment est, en général, déterminé par la prestation de serment. Que si le fonctionnaire n'a pas de serment à prêter, la question de savoir par quel acte et à quel moment s'accomplit l'acceptation de la fonction est laissée à l'appréciation des tribunaux.

2° *La femme a son domicile chez son mari (a).*—Elle l'acquiert par le seul fait de son mariage, et dès l'instant même de sa célébration. Peu importe qu'elle le veuille ou qu'elle ne le veuille pas. Qu'elle habite ou qu'elle n'habite point avec son mari, peu importe encore : l'état de subordination dans lequel elle est vis-à-vis de lui ne lui permet pas d'avoir un domicile séparé

(a) Notre article 83 dit que "la femme non séparée de corps n'a pas d'autre domicile que celui de son mari."

du sien. Elle ne le peut pas même avec son autorisation formelle : l'autorisation qu'il donnerait à cet effet serait une atteinte à sa puissance maritale, à laquelle il ne peut pas renoncer et qu'il ne peut compromettre par une concession.

" La femme, disait M. Mouricault, dans son rapport au Tribunat, la femme que le devoir tient auprès de son mari, qui n'en peut être légitimement éloignée que par LA SÉPARATION DE CORPS, le *divorce* ou la mort, qui peut être forcée de retourner à lui quand elle le délaisse, qui ne peut, en conséquence, avoir de résidence distincte que par l'effet d'un délit de sa part, ou d'une tolérance momentanée de la part de son mari, n'a pas d'autre domicile légal que le domicile de son mari " (1).

Ce passage est fort important. Il met en relief le motif et la véritable pensée de la loi : la femme a son domicile chez son mari, *parce qu'elle est obligée d'habiter avec lui*, parce qu'il ne lui est pas permis d'avoir une résidence particulière et indépendante. Cette communauté d'habitation a naturellement amené la communauté de domicile.

Le but et l'effet principal de la séparation de corps sont précisément de briser la communauté d'habitation : la femme séparée de corps est libre d'aller et de résider où bon lui semble ; or, *cessante causâ, cessat effectus :* donc la femme qui a obtenu la séparation de corps, ou contre laquelle elle a été prononcée, peut avoir un domicile autre que celui de son mari. Cette solution était admise dans l'ancien droit, et le passage que je viens d'emprunter aux travaux préparatoires du code fait bien voir qu'on ne s'en est point écarté (2) *(a)*.

Ainsi, la femme, dès l'instant de la célébration de son mariage, reçoit le domicile de son mari ; il ne lui est pas permis d'en avoir un autre, à moins qu'elle ne soit séparée de corps.

Nous trouverons tout à l'heure un cas où le mari a son domicile chez sa femme.

3° *Le mineur* QUI EST EN TUTELLE *a son domicile chez son tuteur.* — Et il en est ainsi, alors même que le mineur a encore son père ou sa mère. Lorsque, la mère étant décédée, le père se fait excuser de la tutelle ou qu'il en est exclu, lorsque la mère,

(1) Fenet, t. VIII, p. 357.

(2) MM. Proud. et Val., t. I., p. 44 ; *Explic. somm.*, p. 62 ; *Cours de C. civ.*, p. 134 et suiv.; Dur., t. I, n° 365 ; Dem., t. I, n° 132 *bis*, I ; Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 3 ; Aubry et Rau, t. I, § 143, note 5 ; Demol., t. I, n° 358 ; Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 174 ; Laurent, t. II, n° 85.

(*a*) Notre article 83 le dit formellement.

devenue veuve, la refuse, le père ou la mère survivante conserve la puissance paternelle, tandis que la tutelle est confiée à un étranger : dans ce cas, le mineur a son domicile, non pas chez son père ou sa mère, mais chez son tuteur. L'esprit de la loi est que les incapables aient leur domicile chez la personne qui, ayant le gouvernement de leur fortune et la direction de leurs affaires, les représente dans tous les actes de la vie civile *(a)*.

— La loi confie au mineur émancipé le gouvernement de sa personne et l'administration de ses biens ; par cela même, elle lui donne la faculté de fixer son domicile où il juge convenable de l'établir (1). Il est bien entendu, au reste, qu'il conserve son domicile d'origine, tant qu'il n'en a pas acquis un nouveau *(b)*.

4° *L'interdit* [[*pour démence*]], *de même que le mineur non émancipé, a son domicile chez son curateur.*—[[Notre article 83 dit que " le majeur interdit pour démence a le sien (son domicile) " chez son curateur." Lorsqu'une femme est interdite, son mari,

---

(1) M. Bug., *sur Poth.*, t. I, p. 5.

(*a*) Cette solution est contestée, mais je dois avouer que les raisons invoquées par Mourlon, me paraissent très fortes. La disposition de notre article 83, à ce sujet, se lit comme suit ; " Le mineur non " émancipé a son domicile chez ses père et mère ou tuteur ". En indiquant d'abord les père et mère, on paraît donner à ceux-ci la préférence sur le tuteur. La plupart des auteurs disent que le mineur a son domicile chez ses père et mère, si tous deux vivent ; au contraire, si l'un d'eux est décédé, et qu'on ait donné au mineur un tuteur étranger, son domicile sera chez ce dernier (Demolombe, t. I, n° 359 ; Laurent, t. II, n° 86 ; Duranton, t. I, n° 367 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 308). Pothier (*Introduction générale aux coutumes*, n° 17) pense que le mineur qui, à la mort de son père, est mis sous la tutelle d'un parent, lequel a son domicile dans un autre lieu, n'en conserve pas moins le domicile paternel, car, ajoute-t-il, les mineurs ne font pas partie de la famille de leur tuteur. MM. Aubry et Rau donnent la préférence au tuteur, même sur les père et mère vivants, t. I, § 143, p. 581. Le juge Loranger, *Commentaires sur le code civil*, t. I, nos 339-344, croit que le domicile du mineur non émancipé est chez le père ou mère survivant et non chez le tuteur, mais le savant magistrat paraît envisager plutôt la *résidence* que le *domicile*, ce qui n'est pas la même chose. L'enfant mineur ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père (art. 244), mais il peut être domicilié ailleurs.

(*b*) Quel est le domicile de l'enfant naturel ? Si cet enfant à un tuteur, il est domicilié chez ce tuteur, il importe peu qu'il soit reconnu ou non. S'il n'a pas de tuteur, et que ses père et mère sont inconnus, il est domicilié chez la personne qui prend soin de lui. Si sa filiation est établie par rapport à l'un de ses auteurs, il sera domicilié chez ce dernier et sa reconnaissance par l'autre ne changera pas son domicile. S'il est reconnu par les deux dans le même acte, il sera domicilié chez celui avec qui il demeurera (Baudry-Lacantinerie, n° 309). Voir l'opinion de Mourlon sur cette quession, *supra*, p. 230.

à moins de raisons jugées valables, doit être nommé son curateur (art. 342) ; c'est donc chez lui qu'elle est domiciliée.

Que si son mari s'est fait excuser de la curatelle, s'il en est exclu ou destitué, la femme alors conserve chez lui sa *résidence*, mais c'est chez son curateur qu'elle a son *domicile :* car, ainsi que je l'ai dit, l'esprit de la loi est de donner à ceux qui n'ont pas l'exercice de leurs droits le domicile de la personne qui les représente dans l'administration de leurs biens.

Lorsque le mari est interdit, on peut lui donner pour curateur un étranger ou sa femme elle-même (art. 342). Dans le premier cas, la femme, suivant le domicile de son mari, est domiciliée chez le curateur de celui-ci (1) ; dans le second, le mari a son domicile chez sa femme.

3° *Les* MAJEURS *qui servent ou travaillent* HABITUELLEMENT *chez autrui ont le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent,* LORSQU'ILS DEMEURENT AVEC ELLE DANS LA MÊME MAISON *(a).* — La loi suppose qu'ils ont l'intention de fixer chez leur maître leur principal établissement, parce que c'est chez lui qu'ils ont leur principale affaire. Cette présomption ne peut pas même être détruite par la déclaration d'une volonté contraire : ce qu'ils font l'emporte sur ce qu'ils disent.

" *Les majeurs......*" Cette expression est tout à la fois trop restreinte et trop générale. Elle est trop *restreinte :* car, les *mineurs émancipés* étant, de même que les majeurs, libres de choisir leur domicile, la même règle doit les régir. Elle est trop *générale :* car l'article 84, dont la disposition est fondée sur une présomption de volonté, ne régit point les majeurs incapables d'avoir une volonté, tels que les interdits et les femmes mariées. Ces personnes, alors même qu'elles habitent avec le maître au service duquel elles sont, restent domiciliées, l'interdit chez son curateur, la femme mariée chez son mari (2).

" *Habituellement (b)* " Ils conservent donc leur propre domi-

---

(1) Dur., t. I, n° 371 ; Demol., t. I, n° 363.— *Contrà*, MM. Aubry et Rau, t. I, § 143, p. 580, note 7.

(2) Demol., t. I, n° 133 ; Demol., t. I, n° 368 ; Dur., Bonn. et Roust., t. I, n° 175.

(*a*) C'est identiquement le texte de l'article 84 de notre code.

(*b*) Le texte anglais de l'article 84 dit : *continuously*. Remarquons que Mourlon paraît exiger un travail *continu*. Seulement, comme notre article est copié textuellement sur l'article 109 du code Napoléon, il faut s'en tenir au mot *habituellement*, si réellement cette différence peut entraîner quelque résultat pratique.

cile lorsque leur travail, au lieu d'être continu et permanent, n'est fourni qu'à certains intervalles, par exemple, à certaines saisons de l'année.

" *Lorsqu'ils habitent avec elle la même maison...*" Ainsi, point de translation de domicile, lorsque les ouvriers qui travaillent habituellement chez leur maître viennent chez lui le matin et se retirent chez eux le soir.

En résumé, les ouvriers ou domestiques ont leur domicile chez leur maître, lorsque ces trois conditions concourent. Il faut : 1° qu'ils soient capables de choisir leur domicile ; 2° qu'ils travaillent habituellement chez leur maître ; 3° qu'ils habitent avec lui *(a)*.

Questions. — *Peut-on n'avoir pas de domicile ?*

Recherchons, avant de résoudre la question, l'intérêt qui s'y rattache.

Si nous supposons, d'une part, que le domicile d'origine d'une personne est complètement inconnu, ce qui est possible ; d'autre part, qu'elle n'a en aucun lieu fixé son principal établissement ; en d'autres termes, si nous supposons une personne qui n'a point de domicile nouveau, et dont le domicile d'origine est inconnu, *en fait*, c'est comme si elle n'en avait pas : sa résidence le remplace alors et en tient lieu.

Que si sa *résidence* est elle-même inconnue, ceux qui la poursuivent en justice [[doivent la faire appeler par la voie des journaux.]]

Quant à sa succession, elle s'ouvre au lieu de sa résidence, si elle est connue, et, dans le cas contraire, au domicile de l'un des héritiers, au choix de celui qui l'actionne, soit en partage de la succession, soit en paiement d'une dette ou d'un legs (1).

Ainsi, dans cette espèce, notre question ne présente aucun intérêt.

Supposons, au contraire, l'espèce suivante : Paul, qui a eu son domicile d'origine à Marseille, n'y a jamais résidé ; il n'y a aucun

---

(1) M. Demol., t. I, n° 348. [[Voir l'article 39 de notre code de procédure]].

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie (n° 311) incline à penser que si, par exemple, le maître est domicilié à Paris, mais possède une maison de campagne à St Cloud où sa femme demeure actuellement et où il réside avec elle le plus souvent, et où demeurent les serviteurs qui sont exclusivement attachés au service de cette maison, ces serviteurs seront domiciliés à cette maison de campagne.

Le domicile de *dépendance* cesse avec le fait qui lui sert de fondement. Ce domicile de *droit* se transforme alors en un domicile de fait qui subsiste tant qu'un autre domicile n'a pas été acquis. Baudry-Lacantinerie, n° 312.

bien, aucune affaire, aucun intérêt, aucun lien qui l'y appelle ou qui l'y attache : en fait, il y est complètement étranger : donc, en fait, il n'y a point son principal établissement.

Dans ce cas, si Paul n'a point adopté un nouveau domicile, s'il n'a point de principal établissement dans un autre lieu, doit-on dire que légalement, en droit, il n'a point de domicile ?

Admet-on la négative : les exploits d'assignation peuvent lui être signifiés à Marseille, où il a son domicile d'origine ; c'est là qu'il sera valablement assigné en matière personnelle ou mobilière, là que s'ouvrira sa succession.

Tient-on pour l'affirmative : les choses se passent comme dans l'hypothèse où le domicile d'origine est inconnu.

On comprend dès lors combien est grand l'intérêt de la question que nous avons posée : une personne peut-elle n'avoir pas de domicile ?

Je n'hésite point à la résoudre négativement. L'homme, à sa naissance, reçoit un domicile que la loi lui donne. Ce domicile, on peut le perdre, sans doute ; mais on ne peut pas l'abandonner purement et simplement : on ne le perd *qu'en en acquérant un autre.* C'était l'avis de Pothier (1). Le code s'en est-il écarté ? Rien ne nous autorise à le croire. Le texte de la loi, en parfaite harmonie avec l'idée de Pothier, justifie plutôt l'interprétation contraire : le code règle, en effet, le *changement* de domicile ; mais il ne parle nulle part de l'*abdication* pure et simple du domicile.

Les travaux préparatoires du code Napoléon confirment notre interprétation : " L'enfant, disait M. Emmery, dans son *Exposé de motifs* au Corps législatif, n'a d'autre domicile que celui de son père ; le *vieillard*, après avoir vécu loin de la maison paternelle, *y conserve encore son domicile, s'il n'a pas manifesté l'intention* D'EN PRENDRE UN AUTRE " (2).

La position d'une personne qui n'aurait point de domicile serait antisociale et contraire à l'ordre public : la loi n'a pas dû la tolérer. Nous pouvons bien renoncer aux droits qu'elle confère lorsqu'ils n'ont trait qu'à notre intérêt privé ; mais il en est différemment de ceux qui touchent à l'ordre public, qui, se rattachant à l'organisation même de la société, intéressent les tiers aussi bien que la personne qui les a. Or, le domicile est précisément un droit de cette nature ! Ce n'est pas seulement un *droit*, c'est

---

(1) *Introd. gén. aux Cout.*, n° 12.

(2) Fenet, t. VIII, p. 346.

encore un *devoir*, et nous n'avons pas le droit de nous affranchir des devoirs que la loi nous impose.

On fait à ce système trois objections :

1° Le domicile est au lieu où l'on a son principal établissement (art. 79) ; or, dans l'espèce, la personne dont il s'agit n'a point son principal établissement au lieu où elle a eu son domicile d'origine : car elle a rompu, nous le supposons, toute relation avec lui ; elle n'y a conservé aucun bien, aucune affaire, aucun intérêt. D'autre part, nous le supposons encore, elle n'a point d'établissement au lieu de sa résidence actuelle. Dès lors, elle n'a point de domicile, puisqu'elle n'a point de principal établissement ; le fait l'emporte sur le droit.

La réponse est facile. En *fait*, cette personne n'a point d'établissement, je le reconnais ; mais, en *droit*, elle en a un. La loi suppose, en effet, qu'elle a, sinon un intérêt pécuniaire, au moins un intérêt d'affection, un souvenir, qui la rattache, de préférence à tout autre, au lieu où elle a son domicile d'origine. Cet intérêt constitue son principal établissement. La présomption de la loi est peut-être contraire à la vérité ; mais qu'importe ? les présomptions légales cessent-elles donc d'être obligatoires pour le juge parce qu'elles lui paraissent choquer la vraisemblance ? Dire que la réalité doit prévaloir sur la supposition de la loi, c'est tout simplement soutenir que la loi ne doit pas être observée.

2° Notre système, dit-on, présente les plus graves inconvénients : car il amène ce résultat injuste que les significations qui doivent être faites à la personne pourront l'être dans un lieu avec lequel elle n'a aucune relation ; en sorte qu'il n'y a aucune chance que les actes signifiés parviennent à sa connaissance. N'est-il pas plus juste, plus naturel, que les significations soient faites à sa résidence, quand elle est connue et certaine ? *(a)*

Ce résultat est fort dur, sans doute ; mais la personne qui en souffre l'a accepté d'avance, elle s'y est volontairement soumise, en conservant un domicile compromettant. Elle pouvait en choisir un plus commode, elle ne l'a pas fait : qu'elle supporte donc la peine de sa négligence !

(*a*) L'article 57 de notre code de procédure prévoit tous les cas possibles. La signification se fait soit au défendeur en personne, ou à son domicile,ou au lieu de sa résidence ordinaire en parlant à une personne raisonnable faisant partie de la famille. A défaut de domicile régulier, l'assignation doit être donnée au défendeur à son bureau d'affaires ou etablissement de commerce s'il en a un. Cet article peut donner lieu à des difficultés d'interprétation, mais ces difficultés ne me paraissent pas insurmontables.

Que prouvent, d'ailleurs, les inconvénients qu'on signale ? que la loi est mal faite ? qu'elle est fort dure dans ses conséquences ? Mais la loi, si imparfaite qu'elle soit, doit être obéie.

3° L'article 59 du code de procédure [[français]] prévoit le cas où une personne *n'a point de domicile :* donc......

Je réponds que cette disposition est expliquée par l'article 69-8° *(a)* du même code, qui déclare seulement que le domicile d'une personne *peut n'être pas connu* (1).

Peut-on avoir deux domiciles ? — Il est tout aussi impossible d'en avoir deux que de n'en avoir pas. Et, en effet, le code règle le *changement* de domicile, mais il ne dit rien de l'acquisition pure et simple d'un nouveau domicile. De même qu'on ne perd son domicile d'origine que lorsqu'on en prend un autre, de même on n'en peut acquérir un nouveau que lorsqu'on perd celui qu'on a actuellement.

L'article 79 ne laisse aucun doute à cet égard. Le domicile, y est-il dit, est au lieu où l'on a son *principal* établissement ; or, l'établissement principal étant celui qui est le plus important, qui domine *tous* les autres, personne ne peut avoir deux principaux établissements : donc, personne ne peut avoir deux domiciles.

Que si la personne réside alternativement dans deux villes différentes, autant dans l'une que dans l'autre ; si elle a, dans chacune d'elles, des intérêts aussi graves, le même nombre d'affaires..., en sorte qu'on ne puisse pas découvrir là où est son principal établissement, son domicile étant alors *inconnu*, les tiers, qui ne doivent pas souffrir de l'état d'incertitude dans lequel elle s'est volontairement placée, peuvent valablement l'assigner devant le tribunal de l'une ou de l'autre résidence (2).

[[M. Baudry-Lacantinerie (n° 316 *bis*) se demande si une personne morale, par exemple une corporation, peut avoir deux domiciles. Il dit que la jurisprudence française admet que cette personne morale peut être assignée à ses succursales et il ajoute qu'on justifie cette jurisprudence en disant que l'établissement constitue une élection de domicile tacite. Mais il ajoute que l'on con-

---

(1) En ce sens, Toullier, t. I, n° 371 ; Proud., t. I, p. 343 ; Dur., t. I, n° 360 ; M. Laurent, t. II, n° 66 — *Contrà*, Dem., t. I, p. 200 et s. ; Demol., t. I, n° 348.

(2) En ce sens, MM. Demol., t. I, n° 347 ; Val., *Cours de C. civ.*, p. 138 ; Laurent, t. II, n° 69.

(*a*) Notre code de procédure ne contient pas des dispositions identiques à celles des articles 59 et 69 du code de procédure français ; l'article 57 de notre code, toutefois, parle du défaut de domicile régulier.

teste vivement la question de savoir si on peut élire domicile tacitement.

Nos rapports rendent compte de quelques arrêts sur cette question du domicile des corporations.

Dans la cause de *The Bank of British North America & Stewart et al.* (R. J. Q., 1 B. R., p. 56), la cour d'appel a jugé que le principal établissement, dans la province de Québec, d'une compagnie étrangère faisant affaires en cette province, est son domicile au désir de l'article 34 du code de procédure civile et qu'elle peut y être valablement assignée. L'article 64 du code de procédure est au même effet.

D'un autre côté, dans les causes de *Baxter v. The Union Bank of Lower Canada* (7 L. N., p. 61) et de *Loignon v. La Banque Nationale* (R. J. Q., 2 C. S., p. 310), la cour supérieure a jugé qu'une banque, qui a son principal bureau à Québec et une succursale à Montréal, ne peut être assignée à cette succursale, mais que l'assignation doit être donnée au bureau principal de la banque.

IV. Domicile matrimonial. — On parle souvent du *domicile matrimonial*, il convient donc de définir ce mot.

J'ai déjà posé le principe que des personnes domiciliées en pays étranger, et qui s'y marient, restent sujettes aux lois de ce pays, quant à leurs droits matrimoniaux, même lorsqu'elles viennent se fixer dans la province de Québec *(a)*. Ce pays étranger continue d'être leur domicile matrimonial. Si, au contraire, les époux avaient, lors de leur mariage, l'intention de fixer ailleurs le siège de leur association conjugale, c'est la loi de cet autre endroit qui règlera leurs droits matrimoniaux *(b)*. Cet endroit sera donc leur domicile matrimonial en quelque lieu qu'ils transportent leur domicile réel. Donc, par *domicile matrimonial*, on entend l'endroit dont les lois régissent les droits matrimoniaux des époux, c'est le domicile du mariage et les effets de ce domicile durent autant que le mariage lui-même. Ce domicile peut être *réel*, celui que les époux avaient lors de leur mariage, ou d'*élection*, c'est-à-dire celui où les époux sont convenus de transporter le siège de leur association conjugale.]]

(*a*) *Supra*, p. 87.

(*b*) Aubry et Rau, t. 5, § 504 *bis*, p. 275.

§ III. — *Du domicile* SPÉCIAL *ou* D'ÉLECTION.

I. Ce que c'est que le domicile élu; ses motifs. — Selon le droit commun, le créancier qui poursuit son débiteur est obligé de l'assigner devant le tribunal de son domicile réel ; c'est là aussi qu'il doit lui signifier l'exploit d'assignation. Or, ce domicile peut être très éloigné. De là des lenteurs, des déplacements fâcheux.

Cette nécessité, imposée aux créanciers, d'aller poursuivre au loin leurs débiteurs, pourrait entraver souvent les conventions. On comprend, en effet, qu'un Parisien serait peu porté à traiter, par exemple, avec un Marseillais, s'il était obligé de soumettre au tribunal de Marseille les difficultés auxquelles pourra donner lieu le contrat qu'on lui propose.

La loi, qui a prévu ce danger, y apporte un remède. Lorsque deux personnes contractent, elles peuvent, afin de faciliter les poursuites judiciaires auxquelles l'une d'elles sera peut-être obligée de recourir, choisir un domicile spécial, plus rapproché et plus commode que le domicile réel de la partie contre laquelle les poursuites seront faites. Ainsi, lorsque je prête 10,000 francs à une personne domiciliée à Marseille, je puis convenir avec elle que, si je suis obligé de recourir à la justice, le domicile réel qu'elle a à Marseille sera, quant à moi, et quant à l'affaire spéciale que nous traitons, remplacé par un domicile qu'elle fixera à Paris, chez telle ou telle personne. Ce domicile est celui qu'on appelle *d'élection (a)*.

(*a*) L'article 85 de notre code civil, tel qu'amendé par le statut 52 Vic., ch. 48, se lit comme suit : " Lorsque les parties à un acte y ont " fait, pour son exécution, élection de domicile dans un autre lieu " que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites " qui y sont relatives, peuvent être faites au domicile convenu et " devant le juge de ce domicile.

" L'indication d'un lieu de paiement (voilà le paragraphe qui a été " ajouté à cet article) dans un billet ou écrit quelconque, quel que " soit le lieu de sa date, équivaut à cette élection de domicile au lieu " ainsi indiqué ".

Que faut-il entendre par ces mots: indication d'un lieu de *paiement ?* Le législateur envisage-t-il seulement le *paiement* d'une somme de deniers, ou doit-on étendre la disposition à l'*exécution* de l'obligation ? Il est hors de doute qu'il s'agit de l'exécution même. L'article 1139 dit que par *paiement*, on entend non seulement la livraison d'une somme d'argent pour acquitter une obligation, mais l'exécution de toute chose à laquelle les parties sont respectivement obligées. Donc cet article veut dire que l'indication d'un lieu pour l'*exécution* d'une obligation comporte élection de domicile. On enseigne le contraire en France, comme on l'enseignait ici avant l'amendement de l'article 85. La question est maintenant réglée.

L'élection du domicile est facultative ; tel est le principe. Par exception, la loi l'ordonne dans quelques cas (voy. notamment l'art. 85 du code de procédure civile.)

[[Dans la cause de *Belden et al. v. Christie* (33 L. C. J., p. 335), la cour supérieure a jugé que lorsque la condition stipulant élection de domicile est imprimée sur le blanc de contrat d'abonnement à une publication périodique, il incombe au créancier de prouver qu'on a signalé cette condition au débiteur et qu'il l'a acceptée, comme dans le cas d'un billet de chemin de fer ou d'un connaissement. Dans l'espèce, le contrat était daté à Lachute, et la condition en question stipulait que le contrat serait censé fait à Montréal et que toute poursuite pourrait y être intentée.]]

II. Quand et par quel acte peut être faite l'élection d'un domicile. —Elle peut l'être au moment même du contrat auquel elle se réfère, et par le même acte : tel est le cas que suppose l'article 85. Mais, sur ce point, l'article n'est qu'énonciatif : il prévoit le cas le plus fréquent, sans exclure les autres. L'élection de domicile peut donc être faite après coup et par un second acte (1)(*b*).

Elle peut être *formelle ;* elle peut aussi être *implicite*, c'est-à-dire résulter, par voie de conséquence, d'une des clauses du contrat principal. Remarquez, du reste, que la clause portant que l'obligation sera exécutée dans tel lieu, ne vaut pas, en général, l'élection de domicile dans ce même lieu (*a*). Il en est différemment en matière commerciale ; mais les règles du droit commercial, étant *exceptionnelles*, ne s'étendent point aux matières civiles.

[[Deux questions bien pratiques réclament une solution. 1° Peut-on élire domicile par une convention verbale ? 2° L'élection de domicile peut-elle être tacite ?

Sur la première question, M. Baudry-Lacantinerie (n° 319) se prononce pour l'affirmative. Il est vrai que l'article 85 se sert de l'expression *acte*, mais M. Baudry-Lacantinerie entend par ce mot la *convention*, le *negotium*, dont l'élection du domicile fait partie et non l'écrit qui la constate. Pour résoudre la question, il en appelle aux principes généraux. Or, la loi autorise à faire

---

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 241 ; M. Laurent, t. II, n° 107.

(*a*) Il en est autrement dans notre droit. Voir la note (*a*) p. 244.

(*b*) Par *acte*, M. Baudry-Lacantinerie (n° 317) entend la *convention*, plutôt que l'*écrit*. En application de cette doctrine, il décide que l'élection de domicile peut se faire par convention verbale, sauf les difficultés de la preuve (n° 319).

verbalement, en principe, toutes sortes de conventions. Donc il faut conclure que les parties peuvent élire domicile verbalement, sauf les difficultés de la preuve. Cette solution me paraît devoir être accueillie, mais il faut observer que si le contrat lui-même doit revêtir certaines formes à peine de nullité, l'élection de domicile, qui est un incident de tel contrat, doit remplir les mêmes conditions.

La seconde question est controversée en France. Cependant, M. Baudry-Lacantinerie (*loc. cit.*) est d'avis que l'élection de domicile peut être tacite, c'est-à-dire qu'elle peut s'induire par argument des clauses de l'acte ou des circonstances. Comme on l'a vu *supra*, Mourlon enseigne que l'élection de domicile peut être implicite, c'est-à-dire qu'elle peut résulter des causes du contrat. Notre article, tel qu'amendé, prévoit évidemment la possibilité de l'élection de domicile tacite, car il dit que l'indication d'un lieu de paiement dans un billet ou écrit quelconque, quel que soit le lieu de sa date, équivaut à cette élection de domicile au lieu ainsi indiqué. Du reste, prenons le cas d'un billet fait dans un district, mais daté d'un autre district. La jurisprudence est aujourd'hui unanime à reconnaître, dans le fait de dater un contrat d'un autre lieu, une élection de domicile tacite dans ce lieu. J'indique les arrêts rendus par la cour d'appel dans les causes de *Danjou & Thibaudeau* (1 D. C. A., p. 98) et de *Beaulac & Leclaire* (R. J. Q., 1 B. R., p. 351), et par la cour supérieure dans les causes de *Thibaudeau v. Wright* (14 Q. L. R., p. 134), de *Leclaire v. Beaulieu* (M. L. R., 5 S. C., p. 95) et de *La Banque du Peuple v. Prevost* (M. L. R., 6 S. C., p. 88) *(a)*. Il est donc clair que l'élection de domicile peut se faire tacitement dans notre droit. Il ne reste alors que la question de fait très délicate et très épineuse de savoir ce qui constitue une élection de domicile tacite. La date de l'écrit est enfin, après bien des hésitations, admise comme constituant cette élection tacite. Avant l'amendement de l'article 85, on était loin de reconnaître cet effet à l'indication d'un lieu de paiement dans l'acte. Mais le principe de droit étant maintenant reconnu, les tribunaux n'auront qu'à l'appliquer aux circonstances de chaque cause.]]

(*a*) On était aussi unanime à juger le contraire avant la décision de la cour d'appel dans la cause de *Danjou & Thibaudeau*. Témoins les causes de *The Railway and Newspaper Advertising Co.v. Hamilton* (20 L. C. J., p, 28), *The National Insurance Co. v. Cartier* (22 L. C. J., p. 336) et *Lepage v. Billy* (4 Q. L. R., p. 383).

III. Où peut être établi le domicile élu. — Il peut l'être dans un lieu *autre que celui du domicile réel;* c'est le cas le plus fréquent, et c'est celui précisément que prévoit notre article 85. Mais ici encore notre article est simplement énonciatif. Le domicile élu peut donc être établi au domicile réel de la personne qui l'élit. Dans ce cas, le domicile réel, quoiqu'abandonné plus tard par le débiteur, subsiste quant au créancier dans l'intérêt duquel a été faite l'élection de domicile.

IV. Des effets du domicile d'élection. — Pour les apprécier et en déterminer l'étendue, il faut faire une distinction. Domicile peut être élu :

1° Dans telle ville, avec indication d'*une personne qui représentera le débiteur* et de la maison où cette personne demeure ;

2° Dans telle ville, mais *sans indication d'une personne chargée de représenter le débiteur.*

Au premier cas, le domicile produit deux effets :

1° Il attribue juridiction au tribunal dans le ressort duquel il est élu : si donc le contrat auquel il se réfère donne lieu à un différend, ce tribunal sera compétent pour en connaître ;

2° Il valide toutes les assignations et significations d'actes faites au lieu où il est établi.

Au second cas, il ne produit qu'un seul effet : il est simplement attributif de compétence. Si donc le contrat auquel il se réfère donne lieu à un différend, le tribunal du ressort dans lequel il est établi sera compétent pour en connaître ; mais les exploits d'assignation devront être remis, les significations d'actes devront être faites, au domicile réel du défendeur.

Le jugement rendu par le tribunal du domicile élu peut-il être valablement signifié à ce domicile ? La négative est soutenue. L'article 85 ne permet, dit-on, de faire au domicile élu que les significations et poursuites relatives à l'exécution de la *convention pour laquelle il a été établi ;* or, le jugement ayant pris la place de la convention, c'est lui et non plus elle qu'il s'agit d'exécuter : donc il faut en revenir au droit commun (1).

L'affirmative me semble mieux fondée. Le jugement ne fait point disparaître la convention sur laquelle il est intervenu et les obligations qu'elle a produites ; il ne fait, au contraire que les reconnaître et en autoriser l'exécution forcée. La signification

(1) M. Dur., t. I, n° 379.

du jugement est donc relative à la convention elle-même, à son exécution : notre article 85 la régit, par conséquent (1).

[[Quoique il faille maintenant décider que l'indication d'un lieu où la convention devra être exécutée emporte élection de domicile dans ce lieu, il n'est pas vrai d'ajouter, à l'inverse, que l'élection de domicile est]], par elle-même et par elle seule, indicative du lieu où la convention *devra être exécutée.* Le domicile élu n'est, en effet, relatif qu'aux *significations, demandes et poursuites ;* or, ces termes ne comprennent point l'*exécution* elle-même, qui, par conséquent, demeure sous l'empire du droit commun, lequel est réglé par l'article 1152 (2).

Ainsi, lorsque l'emprunteur d'une somme d'argent élit domicile dans une ville autre que celle où il a son domicile réel, et qu'ensuite il refuse d'exécuter son obligation, le créancier peut le poursuivre devant le tribunal du domicile élu ; quant au *paiement* de l'obligation, le débiteur a le droit de le faire à son domicile réel *(a).*

V. Dans l'intérêt de qui il peut être établi. — Il peut l'être, au gré des parties :

1° Soit dans l'intérêt exclusif du créancier ;

2° Soit dans l'intérêt exclusif du débiteur ;

3° Soit, enfin, dans l'intérêt commun du créancier et du débiteur.

Dans le premier cas, le domicile élu est pour le créancier un bénéfice, une exception au droit commun introduite en sa faveur ; rien ne l'oblige à en user. Libre à lui, si son intérêt le lui conseille, de s'en tenir au droit commun. Il peut donc, *à son choix,* agir devant le tribunal du domicile élu, ou devant le tribunal du domicile réel.

Dans le second cas, la faveur, l'exception, est pour le débiteur. Le créancier ne peut pas l'en priver : c'est donc nécessairement devant le tribunal du domicile élu qu'il doit le poursuivre.

Dans le troisième, le résultat est le même que dans le second.

---

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 241 ; *Cours de Code civil*, t. I, p. 141 et 142 ; Demol., t. I, n° 380 ; Aubry et Rau, t. I, § 146, note 8.

(2) MM. Dur., t. I, n° 377 ; Demol., t. I, n° 378 ; Aubry et Rau, t. I, § 146, note 14 ; Laurent, t. II, n° 111.

(*a*) Aux termes de l'article 1162, le débiteur, lorsque le créancier a refusé de recevoir le paiement, peut déposer cette somme au bureau général des dépôts de la province et ensuite plaider ce dépôt à l'encontre de la poursuite.

Le créancier peut agir devant le tribunal du domicile élu ; il ne lui est pas permis d'agir ailleurs.

VI. Si le domicile élu peut être révoqué et comment il peut l'être. —Ce qui arrive lorsque la personne chez laquelle il est établi vient à mourir. — A-t-il été établi dans l'intérêt exclusif du débiteur : celui-ci peut, à lui seul, le révoquer, à la charge d'en donner avis au créancier.

L'a-t-il été dans l'intérêt exclusif du créancier : le débiteur le subit, tant que le créancier n'y renonce point.

Enfin, s'il a été stipulé dans l'intérêt commun du débiteur et du créancier, il ne peut être révoqué que de leur consentement réciproque.

Toutefois, cette théorie a besoin d'un tempéramment Lorsque le domicile n'est point établi dans l'intérêt exclusif du débiteur, celui-ci ne peut ni le révoquer, ni le transporter d'une ville dans une autre ; mais ne peut-il pas indiquer, *dans la même ville*, une autre maison que celle qui a été d'abord désignée ? Rien ne s'y oppose. L'intérêt du créancier n'en souffre aucunement : car peu lui importe que son débiteur soit représenté par telle personne plutôt que par telle autre. — A moins pourtant, mais l'hypothèse se présentera bien rarement, qu'il ne soit démontré que le créancier a lui-même désigné, et dans un intérêt légitime, la personne chez laquelle le domicile a été établi.

Qu'arrivera-t-il, enfin, lorsque la personne chez laquelle le domicile a été élu vient à mourir, ou lorsqu'elle change de domicile ? On distingue :

Le domicile élu conserve son effet attributif de compétence : ainsi c'est devant le tribunal de ce domicile que le créancier pourra ou devra agir.

Quant aux exploits à remettre, aux actes à signifier, ils peuvent être remis ou signifiés dans la maison où le domicile a été établi, *s'il s'y trouve quelqu'un pour les recevoir*. Dans le cas contraire, [[le créancier se trouvera obligé de faire la signification soit au débiteur en personne, soit à son domicile réel ou à sa résidence, ou à défaut de domicile régulier, à sa place d'affaires (art. 57 C. P. C.),]] sauf au débiteur à notifier au créancier une nouvelle élection de domicile chez une autre personne demeurant dans la même ville.

VII. Différence entre le domicile *réel* et le domicile *d'élection*.— 1° Le domicile réel est *général ;* le domicile d'élection est *spécial* à l'affaire pour laquelle il a été choisi.

2° Le premier n'est point transmissible aux héritiers : il s'éteint

par la mort de la personne à laquelle il appartient. Le second, au contraire, est héréditaire : il subsiste même après la mort de la personne qui l'a élu.

3° On ne peut avoir qu'un domicile réel, tandis qu'on peut avoir autant de domiciles élus qu'on a d'affaires différentes.

4° On peut, quand on veut, changer son domicile réel. Il n'en est pas de même du domicile d'élection : le débiteur ne peut le changer qu'autant qu'il a été établi dans son intérêt exclusif.

TITRE QUATRIÈME

DES ABSENTS

Généralités.

On entend par *absent*, dans un sens général, toute personne qui ne se trouve pas au lieu où sa présence est demandée : *absentem accipere debemus eum qui non est eo loco in quo petitur* (1).

En droit, on distingue : 1° le *non-présent ;* 2° le *présumé absent ;* 3° le *déclaré absent (a).*

Le *non-présent* est la personne qui n'est pas actuellement à son domicile, ou dans tel autre lieu où sa présence est nécessaire, mais *sur l'existence de laquelle il ne peut exister aucun doute sérieux,* soit parce qu'on sait où elle est, soit parce qu'on a eu récemment de ses nouvelles, soit enfin parce que les motifs connus de son absence expliquent raisonnablement pourquoi elle n'est pas actuellement là où elle est demandée. C'est de cette personne qu'il est parlé dans les articles 819 et 840 du code civil *(b).* Quelquefois, mais très improprement alors, la loi la

---

(1) L'article 2266 [[du code Napoléon]] appelle *absent* le propriétaire d'un immeuble qui n'a pas son domicile dans le ressort de la cour d'appel où est situé son immeuble. [[Cet article n'existe pas dans notre droit.]]

(*a*) Notre code ne se sert pas des termes *présumé absent, déclaré absent.* Je n'ai pas d'objection à les laisser dans le texte, mais quand on parlera de *présumé absent* ou de *présomption d'absence*, on entendra par là l'époque que le législateur appelle la *curatelle aux absents* et l'absent lui-même pendant cette époque. Le jugement d'envoi en possession est une véritable déclaration d'absence, car il n'est prononcé qu'après la constatation de l'absence. En France, cependant, c'est un jugement à part ; l'envoi en possession en est un accessoire Ainsi, quand les mots *déclaration d'absence* se trouvent dans le texte, on les entendra du jugement d'envoi en possession provisoire.

(*b*) Mourlon réfère ici à des articles du code Napoléon auxquels correspondent les articles 693 et 709 de notre code. Remarquons que l'article 819 du code Napoléon parle d'héritiers *non présents* et l'article 840 d'héritiers *non présents* ou *absents.* Nos articles se servent du mot *absents.* Je préciserai le sens de ce mot quand j'expliquerai ces articles.

désigne sous le nom d'*absent* (articles 180, 223). — Le titre *De l'absence* n'a point trait aux *non-présents*; les règles dont il se compose sont exclusivement applicables aux présumés ou aux déclarés absents *(a)*.

Le *présumé absent*, [[suivant l'expression du droit français ou l'*absent*, dans notre droit,]] est celui dont l'existence est devenue incertaine par suite de sa disparition insolite de son domicile, jointe au manque de toute nouvelle ; en d'autres termes, celui dont on ne connaît pas la résidence, dont on n'a pas de nouvelles, et dont par cette double raison, l'existence est incertaine.

Le *déclaré absent*, ou plus brièvement *l'absent (b)*, est celui dont l'absence a été déclarée, c'est-à-dire vérifiée et constatée par un jugement.

Ainsi, ce qui constitue *l'absence*, c'est *l'incertitude de la vie*. Une personne a disparu de son domicile ou de sa résidence, sans qu'on sache ce qu'elle est devenue ; personne n'en peut donner de nouvelles. Est-elle décédée ? Vit-elle encore ? Nul ne le sait ! Ce doute, c'est l'absence *(c)*.

A mesure que le temps s'écoule depuis la disparition de l'absent, l'incertitude de sa vie augmente ; elle est, en quelque sorte, proportionnelle à sa durée. De là, trois degrés dans l'incertitude de la vie, ou trois périodes dans l'absence :

1° La *présomption d'absence* [[ou, dans notre droit, *la curatelle aux absents* ;]]

2° La *déclaration d'absence*, [[ou, dans notre droit,]] *l'envoi en possession provisoire* des biens de l'absent au profit de ses héritiers présomptifs.

3° *L'envoi en possession définitif*.

La possibilité du décès, très faible dans la première période,

---

(*a*) Remarquons que la définition de l'absent que donne l'article 86 ne s'applique qu'à ce titre du code civil. " L'absent, dit cet article, *dans le sens du présent titre*, est celui", etc. Donc, si une disposition d'un autre titre se sert du mot *absent*, on l'entendra, à moins d'une déclaration expresse contraire, dans le sens du *non-présent*. Voir, au même effet, les causes de *La Banque de Québec v. Bryant* (R. J. Q., 1 C. S., p. 53) et de *Turcotte v. Nolet* (R. J. Q., 4 C. S., p. 438).

(*b*) On désignera, dans notre droit, cette personne comme *absente* dès qu'elle est disparue de son domicile sans qu'on ait aucune nouvelle de son existence; à ce sujet on ne distingue pas entre les époques de l'absence.

(*c*) Notre code définit ainsi l'absent à l'article 86. " L'absent, dans " le sens du présent titre, est celui qui, ayant eu un domicile dans le " Bas-Canada, a disparu sans que l'on ait aucune nouvelle de son " existence."

plus forte dans la seconde, acquiert une plus grande force encore dans la troisième.

La première période, ou la *présomption d'absence*, [[ou la *curatelle aux absents*]] comprend tout le temps qui s'écoule depuis la disparition ou les dernières nouvelles, jusqu'à [[l'*envoi en possession provisoire* ce qui, dans notre droit, constitue une]] *déclaration d'absence.* L'absence ne peut être *déclarée* qu'après *cinq ans :* la présomption d'absence dure donc cinq ans *(a).* — La seconde période, ou la *déclaration d'absence*, dure, [[dans notre droit, trente ans au moins, à compter de la disparition]]; toutefois elle finit avant ce terme lorsqu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent. — La troisième période, ou *l'envoi en possession définitif*, commence quand finit la seconde ; elle dure indéfiniment, c'est-à-dire tant que dure l'incertitude de la vie de l'absent.

Chacune de ces périodes a ses règles particulières, motivées sur les circonstances qui la caractérisent.

Dans la première, le retour de l'absent étant probable, la loi prend des mesures propres à lui assurer la conservation de ses biens ; l'intérêt de l'absent est ici au premier plan.

Dans la seconde, l'espoir de son retour étant moins grand, la loi ne veut plus que ses biens restent vacants et sans maître pour les administrer : elle en confie donc la possession provisoire à ceux qui les auraient définitivement s'il était décédé [[*ab intestat*]] au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.—Elle ne leur donne toutefois que des pouvoirs limités, et sous certaines garanties qu'elle stipule dans l'intérêt de l'absent, en prévision de son retour. [[Dans notre droit, le législateur paraît encore, pendant cette époque, se préoccuper des droits de l'absent, mais il ne néglige pas ceux des tiers.]]

Dans la troisième, son retour étant devenu fort peu probable, la loi affranchit les envoyés en possession provisoire des entraves qu'elle apportait à leur administration. L'intérêt des tiers et de la société la préoccupe exclusivement.

(*a*) Le code Napoléon fait à ce sujet une distinction qui ne se trouve pas dans notre code. Si l'absent n'a pas laissé de procuration, l'absence sera déclarée au bout de *cinq* ans ; au contraire, l'existence d'une procuration retardera la déclaration de l'absence pendant *onze* ans à compter de la disparition ou des dernières nouvelles. Dans notre droit, l'existence d'une procuration ne peut qu'empêcher la curatelle aux biens de l'absent ; elle n'a aucun effet sur l'époque de l'envoi en possession provisoire.

Les règles de l'absence ne sont pas toujours *particulières* à l'une ou à l'autre des périodes dont elle se compose. Quelques-unes, qui sont *générales*, s'appliquent dans toutes les hypothèses. Telles sont : 1° la règle suivant laquelle les droits éventuels ne s'ouvrent point au profit de l'absent ; 2° la défense faite à son conjoint de contracter un nouveau mariage.

[[Avant de terminer ces observations générales, il importe de bien saisir le sens du mot *absent* dans notre droit. Je n'ai pas besoin de revenir sur la question des *non-présents*, elle est traitée plus haut.

" L'absent, dans le sens du présent titre," dit l'article 86, " est " celui qui ayant eu un domicile dans le Bas-Canada, a disparu " sans que l'on ait aucune nouvelle de son existence."

De cette définition il résulte : 1° que toute personne, et non pas seulement les sujets britanniques, peut être déclarée en état d'absence ; 2° que la seule personne qui peut être déclarée absente, c'est une personne qui a eu un domicile dans la province de Québec. Donc, qu'une personne qui n'a pas eu un domicile en la province disparaisse, ses héritiers ne peuvent demander l'envoi en possession des biens qu'elle peut avoir même dans les limites de cette province. Ce n'est pas à dire que ces biens iront à l'abandon, car, comme c'est une question de capacité et que nos lois n'ont pas d'application, les mesures prescrites, pour l'administration de ces biens, par la loi du domicile de l'absent, recevront ici leur application.

Il y a une autre remarque très importante à faire. Les codificateurs avaient d'abord songé à reproduire intégralement le titre *De l'absence* du code Napoléon. Mais comme ils avaient, au préalable, à énoncer la loi telle qu'elle était en cette province, avant de proposer des amendements, ils s'occupèrent de ce travail préliminaire. Cependant, quand le travail fut fait, ils ont trouvé qu'il formait " un ensemble de dispositions qui, au mérite d'être " en harmonie avec notre jurisprudence actuelle, réunissait celui " de régler d'une manière correcte et suffisante, dans l'opinion des " commissaires, les questions que soulève l'absence. C'est pour " ces raisons qu'ils soumettent le présent titre en préférence à " celui du code Napoléon, dont il diffère sous plusieurs rapports."

Nous aurons donc, dans le cours de ce travail, à nous mettre en garde contre les déductions que les auteurs français tirent d'un système de jurisprudence qui diffère de notre droit, en certains points essentiels.]]

CHAPITRE PREMIER. — DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE [[OU DE LA CURATELLE AUX ABSENTS.]]

Il faut distinguer : 1° le cas où le présumé absent n'a point laissé un mandataire chargé d'administrer ses biens ; 2° le cas où il en a laissé un.

PREMIER CAS. — *De l'absent qui n'a point, avant sa disparition, confié à un mandataire le soin de gérer son patrimoine en son absence.*

Sa négligence, si elle n'était pas réparée, deviendrait préjudiciable à lui-même d'abord, et, par suite, à sa famille qui a besoin de ses secours, à ses créanciers, dont les droits seraient compromis si son patrimoine, qui est leur gage, dépérissait faute de soins, et enfin à l'État, toujours intéressé à la conservation et à la prospérité des fortunes particulières. La loi a dû, en conséquence, intervenir et prendre les mesures propres à conserver le patrimoine qu'il a si imprudemment abandonné.

Mais quand et à quelles conditions ces mesures peuvent-elles être prises ? Quelle autorité les ordonne ? Quelles personnes ont qualité pour les requérir ? Les articles 87 et 88 répondent à chacune de ces questions.

[[L'article 87 de notre code correspond à l'article 112 du code Napoléon. Il dit que "s'il y a nécessité de pourvoir à l'adminis-" tration des biens d'un absent qui n'a pas de procureur fondé, ou " dont le procureur n'est pas connu ou refuse d'agir, il peut, à " cette fin, être nommé un curateur." Cet article va plus loin que l'article 112 ; il pourvoit à la nomination d'un curateur ; le code Napoléon n'en parle pas, quoique la doctrine l'admette. Notre article prévoit également le cas de refus d'agir du procureur laissé par l'absent, ce qu'on admet également en France. M. Baudry-Lacantinerie (t. Ier, n° 330) veut aussi que la justice intervienne quand les pouvoirs du procureur laissé par l'absent ne sont pas assez amples. Cette solution doit être admise, car la loi ne renonce à nommer un administrateur que quand l'absent en a nommé un lui-même. Or si cet administrateur n'a pas des pouvoirs suffisants, il ne pourra administrer les affaires de l'absent. Cependant, il semblerait convenable, dans ce cas, de nommer ce procureur curateur, car c'est en lui que l'absent a reposé sa confiance.]]

I. Quand et à quelles conditions ces mesures peuvent être prises. — Elles ne peuvent l'être qu'autant qu'*il y a nécessité d'y recourir.*

Toullier a bien mis en lumière le motif de cette disposition. " On pourrait, dit-il, sous le spécieux prétexte d'une protection précipitée, préjudicier à l'absent au lieu de le servir. Une telle précipitation nuirait à la liberté : personne n'oserait s'éloigner du lieu qu'il habite s'il avait à craindre que, sous prétexte de veiller à ses intérêts, *on pût pénétrer dans le secret de ses affaires*, en pénétrant dans son domicile " (1).

La justice doit donc rechercher :

1° Si la personne qui a disparu de son domicile se trouve dans l'impossibilité reconnue de pourvoir elle-même à ses intérêts, ou, en d'autres termes, si elle est en état de présomption d'absence, c'est-à-dire si son existence est incertaine. La présomption d'absence ne commence pas nécessairement avec la disparition ou à la date des dernières nouvelles : son point de départ dépend uniquement des circonstances. C'est donc une pure question de fait que les juges auront à décider.

2° Si ses biens sont en souffrance, si ses droits sont compromis.

La loi, au reste, ne détermine ni les cas où il y a nécessité d'agir, ni les mesures à prendre ; elle s'en rapporte, à cet égard, à la sagesse de la justice et lui laisse une latitude indéfinie. [[Elle ne nomme le curateur que dans un cas de nécessité et alors elle détermine les pouvoirs de ce curateur. Le code a fixé pour cela une règle que l'article 91 énonce comme suit :

91.—" Les pouvoirs de ce curateur se bornent aux actes de " pure administration ; il ne peut aliéner, engager, ni hypothéquer " les biens de l'absent." J'examinerai plus en détail les pouvoirs de ce curateur, pour le moment, il me suffira de dire comme exemple, que le législateur veut]] que les biens soient donnés à bail, lorsqu'ils sont sans culture ; que les baux qui sont sur le point d'expirer soient renouvelés ; que les réparations nécessaires à tel ou tel bâtiment soient faites ; que les denrées qui peuvent se perdre, que les meubles qui dépérissent, soient vendus ; qu'on fasse des poursuites contre les débiteurs, pour prévenir leur insolvabilité lorsqu'elle est menaçante, ou pour interrompre une prescription sur le point de s'accomplir.

Le curateur, une fois établi, est le représentant légal du présumé absent, sous condition de se renfermer strictement dans les pouvoirs qui lui ont été confiés (2).

(1) T. I, n° 386.

(2) Proud., t. I, p. 201 ; Dem., t. I, p. 212 ; Dur., t. I, n° 390 ; MM. Demol., t. II, n° 56 ; Aubry et Rau, t. I, § 149, p. 596 et 597 ; Laurent t. II, nos 140 et 141.

— Ainsi, l'intervention de la justice exige le concours de ces deux conditions : 1° [[que l'absence soit reconnue ; 2° qu'il y ait]] nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens de l'absent.

Toutefois, la première condition est-elle essentielle et rigoureusement nécessaire ? Les mesures prescrites par la loi, dans l'intérêt des *absents*, sont-elles, *dans tous les cas*, inapplicables aux simples *non-présents* ? Je m'explique :

Les dispositions relatives aux *non-présents* sont fort peu nombreuses. Il existe un cas où la loi leur accorde une protection spéciale. Elle sauvegarde leur intérêt dans le cas où ils sont intéressés dans une succession (art. 693 C. C.).

Or, d'autres hypothèses peuvent se présenter où leurs biens sont en péril. La justice peut-elle alors intervenir et ordonner les mesures nécessaires à la conservation de leurs droits ? La question est controversée.

Rigoureusement, la négative doit être admise. Les articles 87 à 92 sont placés, en effet, sous la rubrique *de la* [[*curatelle aux absents* ;—l'absent est]] une personne *dont l'existence est incertaine* ;—la *non-présence* est l'état d'une personne dont *l'existence est certaine*, quoiqu'elle soit absente de son domicile ou de sa résidence : donc......, etc.

Cependant plusieurs auteurs admettent qu'on peut, par analogie, assimiler les *non-présents* aux *présumés absents*, lorsque, par suite de quelque obstacle qui les retient au loin, ils se trouvent dans l'impossibilité absolue de pourvoir en temps utile à leurs intérêts en péril (1).

On peut, à l'appui de cette décision, tirer parti de l'article 131 [[du code Napoléon.]] Une personne, *déclarée absente*, donne de ses nouvelles ; on sait maintenant où elle est, mais elle n'est pas encore de retour : elle cesse par là même d'être en état de *déclaration d'absence*. Elle n'est même plus en état de *présomption d'absence*, puisque son existence est certaine : sa condition est celle d'un *non-present*. Or, la loi déclare expressément que, si ses biens sont en souffrance, la justice peut y pourvoir conformément à l'article 112 [[C. N.]] *(a)*. Cette

(1) MM. Proud. et Val., t. I, p. 253 et suiv.; Dem., t. I, p. 209 ; Aubry et Rau, t. I, § 147, note 1, Demol., t. II, n° 18.

(*a*) Notre article 100 qui correspond à l'article 131 du code Napoléon ne reproduit pas la seconde partie de cet article. Il n'y a aucune réserve quant aux mesures conservatoires à prendre. On pourrait peut-être tirer argument des termes de l'article 92 de notre code qui dit que la curatelle à l'absent se termine *par son retour*.

disposition est aussi juste qu'elle est sage : pourquoi ne pas la généraliser ? En l'étendant, on ne viole pas la loi, on entre dans son esprit (1).

II. Quelle autorité a le droit d'ordonner les mesures conservatoires de la fortune des présumés absents. — Ce pouvoir est confié au *tribunal de première instance.* Mais auquel ? Est-ce au tribunal de première instance du *domicile* de l'absent, ou à celui de la *situation des biens?* La loi ne s'explique pas sur ce point. De là, deux systèmes *(a).*

Premier système.—La question de savoir s'il y a lieu de prendre des mesures dans l'intérêt de l'absent est double ou à deux faces. Il faut en effet, rechercher : 1° si la personne dans l'intérêt de laquelle on sollicite l'intervention de la justice est bien réellement en état de présomption d'absence ; 2° s'il est urgent de pourvoir, et par quelles mesures, à l'administration de ses biens.

---

(1) Cet argument n'est pas décisif. L'article 131 C. N. raisonne dans l'hypothèse où la *non-présence* a succédé à la déclaration d'absence ; or, autre chose est de s'ingérer, *pour la première fois*, dans les affaires d'une personne non présente, autre chose est de maintenir et de continuer des mesures que l'absence déclarée avait déjà rendues nécessaires. Les deux cas ne sont pas semblables : dès lors, il n'y a plus lieu de raisonner par analogie (M. Demol., t. II, n° 18.) J'ajoute que, dans le système contraire, il n'existe, quant au point qui nous occupe, aucune différence entre les *présumés absents* et les *non-présents*, c'est-à-dire entre ceux dont la vie est incertaine et ceux dont l'existence est certaine : or, *l'incertitude de la vie* a toujours été présentée au Conseil d'Etat comme étant le principe fondamental sur lequel reposent toutes les règles de l'absence.

Qu'on dise que cette distinction entre les *présumés absents* et les *non-présents* est peu rationnelle, qu'il eût été plus juste d'accorder aux uns et aux autres la même protection : qu'on provoque en conséquence la réforme de la loi : rien de mieux assurément. Mais assimiler, dans l'état actuel de notre législation, les *non-présents* aux *présumés absents*, ce n'est plus interpréter la loi, c'est la faire.

Les créanciers des *non-présents* peuvent d'ailleurs recourir au principe de l'article 1031. Leurs héritiers présomptifs ou leurs amis ont la ressource de la gestion d'affaires (art. 1043).

[[On peut encore, dans notre droit,se prévaloir des termes restrictifs de l'article 86.]]

(a) Notre article 88 dit qu'" il est statué sur la nécessité de cette " nomination à la demande des intéressés, sur l'avis du conseil de " famille, composé et convoqué en la manière pourvue au titre *De* " *la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*,avec l'homologation " du tribunal,ou de l'un de ses juges,ou du protonotaire." Notre article ne dit pas dans quel district on devra procéder, mais puisque les tutelles sont déférées dans le district où le mineur a son domicile (art. 249), le curateur à l'absent devra être nommé par le tribunal du dernier domicile de cet absent. Je compléterai cette observation plus loin.

Le premier point ne peut être vérifié et bien jugé que dans le lieu où la personne est connue, où on peut le plus facilement avoir de ses nouvelles, c'est-à-dire au lieu de son domicile, ou de sa dernière résidence, si elle n'a point de domicile connu : c'est donc naturellement au tribunal *du domicile* qu'appartient la question de présomption d'absence.

Le second, au contraire, sera plus facilement et plus sûrement vérifié par le tribunal du ressort où se trouvent situés les biens que par celui du domicile : c'est, par conséquent, au tribunal *de la situation* qu'appartient naturellement le droit de juger s'il est ou non nécessaire de pourvoir à l'administration des biens de l'absent et de déterminer les mesures à prendre.

Ainsi chacun des tribunaux a ses attributions particulières : la présomption d'absence doit être préalablement déclarée par le tribunal du domicile ; après quoi, et en vertu du jugement déclaratif de la présomption d'absence, chaque tribunal pourvoit à l'administration des biens situés dans son ressort.

Ce système fut proposé au Conseil d'État. On convint qu'on le ferait passer dans la loi ; mais, la discussion du code ayant été suspendue pendant un intervalle de dix mois, on oublia, lorsqu'on se remit à l'œuvre, de donner suite à la proposition qui avait été primitivement faite et adoptée. Cette décision du Conseil d'État ne fait donc pas la loi ; mais, comme en définitive elle est fort sage, il n'y a pas de bonne raison pour ne pas l'adopter (1).

Deuxième système.—Le tribunal du domicile de la personne dans l'intérêt de laquelle on sollicite l'intervention de la justice peut et doit, tout à la fois, décider 1° si elle est en état de présomption d'absence, 2° si ses biens sont en souffrance, et ordonner les mesures d'administration, non seulement quant aux biens situés dans son ressort, mais encore quant à ceux qui se trouvent dans d'autres arrondissements. Autrement, il faudrait toujours deux instances et deux jugements, ce qui entraînerait des lenteurs et doublerait les frais. Il est bien plus simple que les deux questions soient jugées en même temps par le tribunal qui, étant placé au domicile de l'absent, c'est-à-dire près du siège de ses affaires, est mieux à même que tout autre de vérifier le fait de la présomption d'absence, et de pourvoir, par une mesure générale, à l'administration des biens. S'il est suffisamment éclairé sur la nécessité et la nature des mesures à prendre, il les ordonne lui-même. Dans le cas contraire, il s'en réfère, par

(1) Toull., t. I, n° 390 ; Proud., t. I, p. 258.

commission rogatoire, au tribunal de la situation des biens. — Toutefois, dans le cas où les biens sont en péril si imminent qu'on ne puisse pas, sans danger, attendre la décision du tribunal du domicile, on peut alors, mais alors seulement, s'adresser directement au tribunal de la situation, lequel ordonne *de plano* les mesures que l'urgence a rendues nécessaires (1) *(a)*.

III. Quelles personnes ont qualité pour requérir l'intervention de la justice dans l'intérêt du présumé absent. — La justice ne peut point, alors même que les biens du présumé absent sont en péril, intervenir *d'office* et ordonner les mesures nécessaires ; il ne lui est pas permis d'agir, tant que son intervention n'est point *requise*. Mais quelles personnes ont le droit de la requérir ? Ce sont, dit notre article, les *parties intéressées*.

J'entends par *parties intéressées* les tiers qui ont un intérêt *pécuniaire* à la conservation des biens du présumé absent. Un simple *intérêt d'affection* ne suffit point pour donner le droit de *réquisition*.

— Parmi les personnes qui ont un intérêt pécuniaire à la conservation des biens de l'absent, et qui, par suite, ont qualité pour provoquer les mesures nécessaires, je citerai :

1° *Ses créanciers.* — Son patrimoine étant leur gage, leur sûreté, ils sauvegardent leur créance en conservant sa fortune. Peu importe que leur créance soit conditionnelle, à terme, ou pure et simple : les créanciers *conditionnels*, et à plus forte raison les créanciers *à terme*, peuvent, en effet, *pendente conditione aut pendente die*, exercer tous les actes conservatoires de leur droit (art. 1086).

Signalons toutefois une différence entre les créanciers dont le

(1) Dem., t. 1, p. 212 et 213 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 258 ; Dur., t. 1, n° 484 ; MM. Demol., t. II, n° 20 ; Aubry et Rau, t. I, § 149, note 3. — Comp. M. Laurent, t. II, n° 136.

(*a*) Il ne me paraît pas douteux que le seul tribunal compétent est celui du dernier domicile de l'absent. L'article 88, en référant au titre de la minorité, etc., semble l'indiquer, puisque la tutelle se donne toujours par le tribunal de première instance du domicile du mineur (art. 249). D'ailleurs, l'article 1327 du code de procédure civile dit que l'envoi en possession, dans les cas où il peut être demandé, est ordonné par la cour supérieure dans le district où l'absent ou le défunt avait son dernier domicile. Cet article a une disposition qui a besoin d'être expliquée ; il ajoute que " s'il (on vient de parler de l'absent et du défunt) n'avait pas de domicile dans le Bas-Canada, " le tribunal compétent est celui où sont situés ses biens. Il est clair qu'il qu'il ne peut être question, dans l'espèce, que de l'envoi en possession des biens d'un défunt, dans le cas des successions irrégulières (articles 638, 639 C. C.), car, dans le cas de l'absence, il faut de toute nécessité que l'absent ait eu un domicile dans le Bas-Canada (art. 86).

droit est à terme ou conditionnel, et ceux dont le droit est actuellement exigible. Les premiers ne peuvent que requérir les mesures conservatoires du patrimoine de leur débiteur absent. Les seconds, au contraire, peuvent, dès à présent, poursuivre le remboursement de ce qui leur est dû : ils assignent, à cet effet, leur débiteur à son dernier domicile, ou, si son domicile est inconnu, à sa dernière résidence *(a)*; un jugement *par défaut* intervient alors à leur profit, lequel, après qu'il a acquis force de chose jugée, est mis par eux à exécution, selon les voies ordinaires. Que si, par affection pour l'absent, ils n'usent pas du droit qu'ils ont de le poursuivre en son absence, ils peuvent alors requérir, pour leur sûreté, les mesures nécessaires à la conservation de son patrimoine (1).

2° *Son conjoint.* — Il est intéressé à la conservation des biens dont les revenus contribuent aux charges du mariage et assurent l'entretien de la famille.

3° *Ses héritiers présomptifs.* — Cette solution est généralement admise, à l'égard de ceux de ses héritiers qui pourraient exiger de lui des aliments, c'est-à-dire à l'égard de ses ascendants et de ses descendants. Ceux-ci, en effet, ont un droit certain, positif, une créance d'aliments : pourquoi leur refuser dès lors le droit de requérir les actes nécessaires à sa conservation ? On peut dire, d'ailleurs, qu'ils agissent, dans ce cas, plutôt en qualité de créanciers qu'en qualité d'héritiers présomptifs.

Quant à ses autres héritiers présomptifs, la question est controversée. Quelques personnes pensent qu'ils n'ont point qualité pour requérir l'intervention de la justice dans l'intérêt de leur parent présumé absent. Sans doute, disent-elles, il n'est pas nécessaire que ceux qui font cette réquisition aient un droit pur et simple : un intérêt simplement éventuel ou conditionnel suffit. Mais il faut, au moins, que cet intérêt éventuel ou conditionnel constitue un véritable droit ; or, les parents, héritiers présomptifs du présumé absent, n'ont, en cette qualité, qu'une simple *espérance.* Cette espérance, toute précaire, n'existe point à l'état de droit conditionnel. Donc . . . .(etc).

Ainsi, les héritiers présomptifs, de même que les amis du pré-

(1) Dem., *Encyclop. du droit*, n° 41 ; M. Demol., t. II, n° 25.

(*a*) **Voir au code de procédure civile les formalités de l'assignation des non-présents. Quant aux absents, le jugement qui ordonne la curatelle déclare par là même que leur existence est en doute. Je ne vois pas comment on peut poursuivre un absent qui, au moment de l'action, peut être mort.**

sumé absent, ne peuvent que solliciter l'action du ministère public, en l'avertissant du danger que courent les biens de l'absent (1).

L'opinion contraire compte aujourd'hui beaucoup de partisans. Les parents qui, au jour de la disparition du présumé absent ou de ses dernières nouvelles, étaient ses héritiers présomptifs, ont *dès à présent*, un droit *né* et *actuel*, qui, bien que conditionnel, est transmissible, non seulement à leurs héritiers légitimes, mais encore à leurs héritiers testamentaires : je veux parler du droit qu'ils ont d'obtenir l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent, si son absence se prolonge assez pour qu'on arrive à la déclaration d'absence (art. 93). Ce droit, quoique éventuel, est déjà né ; c'est un droit fort utile, car il donne à ceux qui en sont investis [[la possession des biens de l'absent]] : dès lors, où est la raison de leur refuser la faculté de requérir les mesures nécessaires à sa conservation (2) ?

[[En France, le ministère public peut requérir l'intervention de la justice dans le cas des présumés absents. Nous n'avons pas de ministère public ici pour les affaires civiles. Mais il semblerait que la couronne, devant recueillir les biens des personnes mortes sans héritiers ou conjoint survivant, aurait, dans ce cas, qualité pour provoquer la nomination d'un curateur à l'absent.

IV. Procédure à suivre. — Notre article 88 veut que le conseil de famille soit convoqué pour que le tribunal puisse statuer, avec son avis, sur la nécessité de la nomination d'un curateur à l'absent. Ce conseil de famille est convoqué et composé en la manière pourvue au titre *de la Minorité, de la Tutelle* et *de l'Émancipation*, et son avis est homologué par le tribunal, ou par l'un de ses juges, ou par le protonotaire. Pour les formalités de convocation et la composition du conseil de famille, le législateur réfère aux articles 251 et suivants du code civil. J'expliquerai, en temps et lieu, ces articles, dont les dispositions d'ailleurs sont claires.

V. Nomination du curateur. — Il est dit que le conseil de famille donnera son avis sur la nécessité de la nomination d'un

(1) Toull., t. I, n° 394 ; Marc., sur l'art. 112 ; Dur., t. I, n° 402.

(2) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 256 ; *Cours de code civil*, p. 151 ; Dem., t. I, n° 141 *bis* I ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 112 ; MM. Demol, t. II, n° 26 ; Aubry et Rau, t. I, § 149, note 4. — Comp. M. Laurent, t. II, n° 137. [[Voir, dans le même sens, Loranger, t. 1, n° 385.

Le juge Loranger (*loc. cit.*) reconnaît le même droit aux légataires de l'absent, car ils ont intérêt à la conservation des biens auxquels sa mort prouvée leur donnera droit.]]

curateur. Le législateur n'ajoute pas que le conseil suggérera le nom du curateur. Rien n'empêche cependant qu'il le fasse, et même je crois que cela entre dans ses attributions. Le requérant produira, devant le conseil de famille, la preuve de l'absence et de la nécessité de pourvoir aux biens de l'absent. On devra également alléguer et prouver, autant qu'on peut prouver une négative, qu'il n'existe aucun procureur connu de l'absent ou que ce procureur refuse d'agir.

Le juge Loranger *(a)* se demande si la délibération du conseil de famille peut prouver l'absence ? Il croit qu'il est rigoureusement possible qu'une délibération motivée puisse constituer cette preuve, mais il ajoute que le tribunal, étant le défenseur de ceux qui n'en ont pas, ne doit pas déclarer l'absence, sans qu'elle ne soit démontrée d'une manière claire. Il est superflu d'ajouter que la cour peut ordonner une enquête si elle le croit bon.

On évitera de choisir comme curateur une personne dont les intérêts soient en conflit avec ceux de l'absent. On consultera du reste les dispositions du code civil quant à la nomination des tuteurs. Dans la cause de *Ex parte, Emelina Valiquette*, (7 L. N., p. 70), le juge Torrance a jugé que la mère peut être nommée curatrice à son fils absent.

Le juge Loranger (ouvrage cité, n° 413), cependant, exclut de la tutelle les femmes et les aubains. Ces derniers, quand ils sont absents, dans le sens de l'article 86, peuvent être pourvus d'un curateur *(b)*.

L'article 89 dit que "les curateurs nommés aux biens des "absents prêtent serment de bien et fidèlement remplir les "devoirs de leur charge et de rendre compte." L'article 90 ajoute que "le curateur est tenu de faire faire, devant notaire, "bon et fidèle inventaire et estimation de tous les biens commis à "sa charge, et il est soumis, quant à son administration, à toutes "les obligations dont le tuteur est tenu." Il n'est pas question de cautionnement : donc le curateur, pas plus que le tuteur, n'est pas tenu de donner caution. Mais étant soumis à toutes les obliga-

(*a*) T. I, nos 401-403.

(*b*) Dans la cause de Valiquette, d'après le rapport qui est très court, le juge s'est basé sur le fait que la mère veuve peut être tutrice à ses enfants et il en a conclu qu'elle peut également être nommée curatrice à son enfant absent. Le juge Loranger regarde la disposition qui permet à la mère ou autre ascendante en état de viduité d'être la tutrice de ses enfants comme exceptionnelle, et il refuse de l'étendre à la curatelle aux absents, la curatelle, règle générale, étant une charge virile.

tions du tuteur, le curateur devra rendre compte de son administration et est contraignable par corps pour le reliquat de son compte.

VI. Pouvoirs du curateur. — Les pouvoirs de ce curateur, dit l'article 91 que j'ai cité plus haut, se bornent aux actes de pure administration ; il ne peut aliéner, engager, ni hypothéquer les biens de l'absent. Mais l'administration bien entendue comprend certains actes d'aliénation ; ainsi les effets périssables, les grains récoltés, etc., doivent être vendus et l'argent placé pour le compte de l'absent. Ces actes ne me paraissent pas dépasser les pouvoirs du curateur à l'absent.

Le curateur peut-il ester en justice au nom de l'absent ? La raison de douter, c'est que le curateur n'est nommé que si l'absent n'a pas laissé de procureur, et que le procureur, que le curateur est censé remplacer, ne saurait lui-même plaider au nom de l'absent *(a)*. Il y a deux décisions dans ce sens, l'une ancienne, celle de *Whitney v. Brewster* (3 L. C. R., p. 431) et l'autre plus récente, celle de *Lepage v. Monier ès qual.*, (12 Q. L. R., p. 9) ; on y a jugé qu'on ne peut poursuivre le curateur à l'absent pour une dette de ce dernier, mais qu'on doit assigner l'absent conformément aux dispositions de l'article 68 du code de procédure civile *(b)*.

Cependant, je crois que le curateur peut intenter, en son nom, les actions qui relèvent de l'administration que la loi lui confère. Cette administration serait impossible si on lui niait ce pouvoir (*c*). On peut citer à l'appui de cette manière de voir un arrêt rendu dans la cause de *Parent v. St Jacques* (2 R. L., p. 91), par lequel on a jugé que le curateur à l'absent ne peut intenter une action

---

(*a*) Mais si une demande en justice est absolument nécessaire pour la préservation des droits de l'absent, par exemple, quand une créance est sur le point de se prescrire, le procureur n'ayant pas de pouvoirs assez amples pour faire face à la situation, on pourrait peut-être demander la nomination d'un curateur. Voir *supra*, p. 255.

(*b*) Dans la cause de *Lepage v. Monier ès qual.*, on a prétendu qu'il n'y a que les curateurs nommés à la personne (art. 338) qui puissent ester en justice en cette qualité, mais que les curateurs nommés aux biens (art. 347) ne peuvent le faire. Or cette prétention est inexacte. L'article 347 mentionne, outre le curateur à l'absent, le curateur à la substitution, le curateur aux biens vacants, le curateur aux biens des corporations éteintes et le curateur aux biens des commerçants qui ont fait cession de leurs biens. Or le curateur à la substitution peut ester en justice en cette qualité (art. 959) ; il en est de même du curateur aux biens vacants (art. 686), du curateur aux corporations éteintes (art. 371, 372) et du curateur à la cession de biens (art. 772 C. P. C.).

(*c*) Voir dans ce sens, l'avis du juge Loranger, 3 R. L., p. 104.

pétitoire qui pourrait avoir pour effet d'entraîner la perte des droits de l'absent sur l'immeuble revendiqué, et qu'il ne peut intenter que les actions qui se rapportent à l'administration des biens. Dans la même affaire, le curateur paraît avoir été condamné personnellement à payer les frais de l'action pétitoire qu'il avait intentée sans droit. Il résulte de cette décision que le curateur ne peut intenter en son nom les actions qui tendraient à l'aliénation des droits de l'absent.

Voilà pour l'action active. Maintenant le curateur a-t-il qualité pour représenter l'absent dans une poursuite dirigée contre lui, ou, en d'autres termes, les créanciers de l'absent, peuvent-ils poursuivre le curateur en sa qualité de curateur à l'absent? Cette question a reçu une solution négative dans les causes de *Whitney v. Brewster* et de *Lepage v. Monier ès qual.*, citées plus haut. Remarquons que dans les *Arrêtés de Lamoignon*, tome deuxième, p. 44, on dit que l'usage était de "créer un curateur à l'absent contre lequel les créanciers dirige leurs actions." On ajoute immédiatement, toutefois, que l'article 8 du titre 2 de l'ordonnance de 1667 ayant abrogé la curatelle à l'absent, sur la proposition même de Lamoignon, l'exploit de signification devait être laissé au dernier domicile de l'absent. Cet article de l'ordonnance de 1667 n'est cependant pas la source de l'article 68 du code de procédure, car on l'avait implicitement abrogé vers 1785 *(a)*. L'article 68 vient d'une disposition de l'acte de judicature, 12 Vic., ch. 38, s. 94. Il est clair qu'on peut comprendre l'absent dans les mots "si le défendeur a laissé son domicile en la province" dont se sert cet article *(b)*.

Je crois donc que, dans l'état de notre jurisprudence, l'opinion la plus probable c'est que les actions des créanciers de l'absent doivent être dirigées contre ce dernier et non contre son curateur. Cette opinion, je l'avoue, me paraît discutable ; comment, en effet, va-t-on poursuivre un individu dont l'existence est en doute et qui peut être mort à l'heure de l'institution de l'action? Ajoutons que l'article 691 permet expressément d'intenter l'action en partage immobilier contre le curateur à l'absent, et donne à ce dernier le droit de poursuivre le partage des meubles. Mais enfin, l'opinion que j'énonce est la plus probable et il sera prudent de la suivre jusqu'à ce que la cour d'appel se prononce sur la question.

(*a*) Voir l'opinion du juge Day dans *Whitney v. Brewster*.

(*b*) Voir, cependant, la cause de *La Banque de Québec v. Bryant* (R. J. Q., 1 C. S., p. 53), sur la portée de cet article.

Étant administrateur, le curateur est tenu de rendre compte de son administration. J'indiquerai comme pouvant exiger ce compte, l'absent, s'il reparaît, les envoyés en possession et les créanciers de l'absent. Ainsi jugé, quant à ces derniers, dans la cause de *Murphy v. Knapp* (4 L. C. R., p. 94).

VII. Fin de la curatelle. — L'article 92 dit que "la curatelle à "l'absent se termine :

" 1° Par son retour ;

" 2° Par sa procuration adressée au curateur ou à une autre " personne ;

" 3° Par l'envoi en possession provisoire de ses biens accordé " à ses héritiers dans les cas prévus par la loi."

En France, on va un peu plus loin et on décide que l'époque de la présomption d'absence prend fin lorsqu'on a acquis la preuve de l'existence de l'absent ou de son décès. Bien que notre article n'en parle pas, il n'est pas douteux que la preuve de la mort de l'absent mettra fin à la curatelle. Quant à la preuve de l'existence de l'absent, elle semblerait ne pas suffire, du moins en principe, pour faire cesser cette curatelle, car si l'absent veut que la curatelle prenne fin, il n'a qu'à revenir ou à adresser une procuration, soit au curateur, soit à une autre personne. Dans le cas contraire, on présumera assez facilement que l'absent est satisfait de l'administration du curateur, puisque, pouvant la faire cesser, il préfère laisser ses biens entre les mains de ce curateur. C'est dans ce sens que la cour de révision paraît avoir interprété l'article 92 dans la cause récente de *Chaput v. Chaput* (R. J. Q., 3 C. S., p. 135). On y a jugé que les mesures ordonnées par la justice pour la protection des intérêts des absents, et notamment une curatelle à l'absent, sont de nature conservatoire et sont essentiellement favorables, et que la connaissance de l'existence de l'absent qu'aurait pu avoir, lors de l'ordonnance, un parent qui n'a pas assisté au conseil de famille, ne peut seule mettre fin à ces mesures ; qu'il appartient, au contraire, aux tribunaux de maintenir ces mesures provisoirement lorsqu'ils jugent qu'il est de l'intérêt de l'absent qu'il en soit ainsi, l'absent pouvant toujours, d'ailleurs, en faire cesser les effets par son retour ou sa procuration, mais que tant qu'il ne juge pas à propos de le faire, elles peuvent être maintenues.]]

CHAPITRE II. — DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE [[OU DE LA POSSESSION PROVISOIRE DES HÉRITIERS DE L'ABSENT.]]

I. Observations. — Pendant la première période, la *présomption d'absence*, la position de l'absent n'a rien de bien fâcheux pour lui. Ses biens sont-ils en souffrance, on y pourvoit. Produisent-ils des fruits ou des revenus, on les perçoit et on les capitalise à son profit. Tout est pour le mieux !

[[Cette position se trouve-t-elle changée après l'envoi en possession provisoire ? Pas notablement. Il est vrai que les envoyés ont des pouvoirs plus amples que ceux du curateur, mais ils donnent caution pour la sûreté de leur administration, ce qu'on n'exige pas du curateur. Mais ici la loi commence à s'occuper un peu moins de l'absent et un peu plus de ses héritiers. Cette observation est importante.

Autre observation.—Bien que notre code civil donne à ce chapitre le titre de *De la possession provisoire des héritiers de l'absent*, j'ai conservé le titre du code Napoléon, conjointement avec celui de notre code, car le jugement qui ordonne la possession provisoire est une véritable déclaration d'absence *(a)*. Mais le code Napoléon, après avoir parlé de la déclaration d'absence, consacre le chapitre suivant aux effets de l'absence, et le subdivise en trois sections dont la première traite des effets de l'absence, relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition ; la seconde, des effets de l'absence, relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent ; et la troisième, des effets de l'absence, relativement au mariage. Il y a une quatrième section sur la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu.

Quant à moi, j'ai toujours pensé qu'une division s'imposait sur cette matière. Comme il y a, en matière d'absence, trois périodes, la curatelle à l'absent, l'envoi en possession provisoire et la possession définitive, on ne saurait mieux diviser le sujet qu'en trois parties et c'est ce que je me propose de faire. Bien entendu, il ne s'agit que des biens délaissés par l'absent au jour de sa disparition ; je traiterai à part des droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent, de l'effet de l'absence sur le mariage et de la surveillance des enfants mineurs. A raison de cette division et

---

(*a*) On peut dire que le jugement qui nomme le curateur est déclaratoire de l'absence, mais le jugement ordonnant l'envoi provisoire est bien plus solennel et entouré de plus de formalités.

du fait, qu'en France, le jugement de déclaration d'absence est distinct du jugement d'envoi en possession provisoire, je ne reproduirai le traité de Mourlon que lorsqu'il peut s'appliquer tant à cette division du sujet qu'aux dispositions particulières de notre droit.

L'article 93 dit que " lorsqu'une personne a cessé de paraître " au lieu de son domicile ou de sa résidence, et que depuis cinq " ans on n'en a point eu de nouvelles, ses héritiers présomptifs au " jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, peuvent se faire " envoyer, par justice, en possession provisoire de ses biens, à la " charge de donner caution pour la sûreté de leur administration."

Pour le moment, je ne m'occuperai que des questions de délai, de procédure, etc., nous étudierons plus loin la nature de la possession provisoire. J'attirerai cependant, dès maintenant, l'attention du lecteur sur une différence entre l'article 86 et l'article 93. D'après le premier, l'absent est une personne qui ayant eu un *domicile* dans le Bas-Canada, a disparu, etc. Le second dit lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile *ou de sa résidence,* etc. L'article 93 ne parle pas non plus de la situation de ce domicile ou de cette résidence. Cette différence ne me paraît pas très importante, et, à tout événement, je crois qu'on doit s'en tenir à la définition de l'article 86, cette définition étant faite pour tout ce titre.

I. Délai après lequel la possession provisoire sera accordée. — Autrefois il fallait attendre dix ans après la disparition ou les dernières nouvelles pour faire prononcer la possession provisoire. Les codificateurs ont réduit ce délai de moitié et avec raison, car, telle est la facilité des communications, que le fait de laisser passer cinq ans sans donner de ses nouvelles est déjà une grave présomption de mort. En France, on distingue le cas où l'absent a un procureur et celui où il a laissé ses affaires à l'abandon. Dans le premier cas, la déclaration d'absence ne peut être poursuivie avant dix ans, dans l'autre, on peut la demander après quatre ans *(a)*. Notre code n'a pas reproduit cette distinction]].

Le point de départ des [[cinq]] années après lesquelles l'envoi en possession provisoire peut être accordé est déterminé par la date de la disparition de l'absent. S'il a depuis donné de ses

---

(*a*) La demande de déclaration d'absence se fait en France, après quatre ans ou dix ans, selon le cas, mais le jugement n'est prononcé qu'un an après la demande, de sorte que, lorsqu'il n'y a pas de procuration, l'envoi en possession provisoire s'accorde, comme ici, après l'expiration d'un délai de cinq ans.

nouvelles, le point du départ du délai n'est plus le même ; mais quel est-il ? Faut-il considérer la date même *des dernières nouvelles* ou la date de leur *réception ?* Une lettre *datée* du 1er février a été *reçue* le 1er avril : les [[cinq]] ans comptent-ils du 1er février, *date des nouvelles*, ou du 1er avril, *date de leur réception ?*

Suivant l'opinion générale, c'est la date même des nouvelles qui fixe le point de départ de notre délai. Ce délai, a-t-on dit, commence avec l'incertitude de la vie de l'absent ; or, la date de ses nouvelles ne prouve qu'une chose, savoir qu'il existait au moment où il les a écrites ou données. Dès cet instant, l'incertitude de la vie a repris son cours : car l'absent, qui existait certainement à la date de ses nouvelles, était mort *peut-être* au moment où elles ont été reçues (1).

[[Mais quelquefois il n'est pas même nécessaire d'attendre les cinq ans ; l'article 94 déclare que " la possession provisoire peut " être ordonnée avant l'expiration du délai ci-dessus, s'il est établi, " à la satisfaction du tribunal, qu'il y a de fortes présomptions " que l'absent est mort." Ainsi, l'absent est disparu après le naufrage d'un vaisseau dans lequel il avait pris passage, ou bien après une bataille où il se trouvait parmi les combattants. Il est clair qu'un tel fait peut créer une très forte présomption de mort et autoriser le tribunal à accorder la possession provisoire avant l'expiration du délai fixé pour les cas ordinaires.

D'un autre côté, il peut y avoir des faits qui expliquent la longue absence de la personne disparue. Ainsi, elle a pu partir pour un voyage d'exploration, par exemple en Afrique, où elle doit nécessairement passer plusieurs années, ou bien, après son départ, une guerre a empêché la transmission de nouvelles. Voilà autant de circonstances dont le tribunal aura à tenir compte, et qui lui permettront de surseoir à la demande. L'article 95 lui en donne le droit. Il dit que " le tribunal, en statuant sur cette " demande, a égard aux motifs de l'absence et aux causes qui ont " pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'absent."

II. Des formes à suivre pour obtenir la possession provisoire.—L'article 93 nous dit que les héritiers présomptifs de l'absent se font envoyer en possession provisoire *par justice*. Ils n'entrent donc pas en possession de plein droit, mais ils doivent s'adresser pour cela aux tribunaux. Le code civil ne donne que cette indication

---

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 271 ; Dem., t. I, p. 218 ; Demol., t. II, n° 57 ; Laurent, t. II, n° 156. — *Contrà*, MM. Dur., t. I, n° 414 ; Aubry et Rau, t. I, § 151, note 4 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 115.

sommaire, le code de procédure civile, au contraire, explique le mode d'obtenir la possession provisoire.

L'article 1327 de ce code dit que l'envoi en possession, dans tous les cas où il peut être demandé, doit l'être par requête à la cour supérieure dans le district où l'absent avait son dernier domicile.

Cette demande, dit l'article 1328, doit être accompagnée d'un acte de notoriété par trois témoins dûment assermentés constatant les faits sur lesquels la requête est appuyée, et de toute autre preuve que le tribunal juge nécessaire. Cet acte de notoriété est tout simplement l'affirmation sous serment des trois témoins qu'ils connaissent l'absent, qu'ils savent et qu'il est notoire qu'il a disparu de son domicile et que depuis au moins cinq ans (ou moins dans les cas extraordinaires qui sont laissés à la discrétion du tribunal), il n'a pas donné de ses nouvelles. Ces témoins peuvent aussi jurer que les requérants sont les héritiers présomptifs de l'absent, mais ce fait semblerait susceptible d'une meilleure preuve. Le tribunal peut également exiger toute autre preuve qu'il juge nécessaire. Ainsi, dans la cause de *Ex parte, de Grosbois* (4 R. L., p. 389), le tribunal a exigé la preuve de la valeur des biens délaissés par l'absent afin de déterminer le montant du cautionnement que les envoyés en possession provisoire devaient donner.

Aux termes de l'article 1329 du code de procédure, qui est de droit nouveau, l'envoi en possession ne peut être accordé qu'après qu'avis en a été donné et publié, de la même manière que pour l'assignation d'un absent, requérant toute personne qui peut avoir quelque droit à exercer contre la succession ou sur les biens en question, de présenter sa réclamation devant le tribunal. Donc, avant de procéder sur la requête, on en donnera avis, à deux reprises, dans un journal français et à deux reprises dans un journal anglais de la localité et on requérera les intéressés de comparaître dans les deux mois de l'insertion du dernier avis (art. 68 C. P. C.).

L'article 1330, qui est également de droit nouveau, dit qu'il est procédé sur telle réclamation (celle de toute personne qui peut avoir quelque droit contre la succession de l'absent), ainsi que sur la requête pour envoi en possession provisoire, de même que dans une instance ordinaire *(a)*.]]

(*a*) Il faut se rappeler que ces articles du code de procédure civile s'occupent de l'envoi en possession dans les successions irrégulières comme de l'envoi en possession dans le cas de l'absence.

III. Ce que c'est que l'envoi en possession provisoire. Des personnes qui ont le droit de l'obtenir. — L'absent, qu'il soit dans la première ou qu'il soit dans la seconde période de l'absence, n'est aux yeux de la loi, ni vivant ni mort : *son existence est incertaine.* Il semble dès lors que l'ouverture de sa succession devrait rester suspendue tant que dure cette incertitude : car, aux termes de l'article 601, la succession ne s'ouvre que par la mort.

[[Cependant, dit Pothier *(a)*, " comme il est de l'intérêt public " que les biens des absents ne soient pas abandonnés pendant un " trop long temps, après un certain temps différemment fixé par " les coutumes, et qui dans celles qui, comme la nôtre, ne s'en " sont pas expliquées, est ordinairement de dix ans *(b)*, depuis la " dernière nouvelle qu'on a eue de l'absent, ou depuis son départ " si on n'en a eu aucune, il est d'usage que les parents de cet " absent, qui sont en degré de lui succéder, soient mis provision- " nellement en possession de ses biens."

Constatons maintenant une différence essentielle entre notre code et le code Napoléon.

D'après le droit français moderne, après la déclaration d'absence, les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, peuvent, en vertu du jugement définitif qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles (art. 120) ; et, lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire, le testament de l'absent, s'il en existe un, est ouvert à la réquisition des parties intéressées ou du procureur de la République, et les légataires, les donataires, ainsi que tous ceux qui avaient, sur les biens de l'absent, des droits subordonnés à la condition de son décès pourront les exercer provisoirement (art. 123).

Donc, en France, la loi regarde l'absent provisoirement comme mort à partir du jour où il a donné le dernier signe de son existence ; en conséquence, la déclaration de son absence ouvre, provisoirement, tous les droits que son décès, s'il était prouvé, ouvrirait définitivement.

On a donc raison de dire, en France, que la déclaration d'absence est, sous un certain rapport, désastreuse pour l'absent. Car, tous

(*a*) Introduction au titre 17 de la coutume d'Orléans, n° 37.

(*b*) Ce délai est maintenant de cinq ans.

les droits subordonnés à son décès s'ouvrent provisoirement, et ceux qui obtiennent la possession provisoire gagnent une proportion plus ou moins forte des fruits des biens de l'absent, suivant que l'absence a été plus ou moins longue.

Dans notre droit, il n'est pas exact de dire qu'à compter de l'envoi provisoire, la loi considère, provisoirement, l'absent comme mort. Au contraire, si, en France, le législateur se préoccupe, à compter de la déclaration d'absence, tout autant des droits des héritiers et ayants droit de l'absent, que des droits de l'absent lui-même ; ici, comme pendant la curatelle, il considère en premier lieu les intérêts de l'absent et l'intérêt public, qui ne veut pas que les biens restent abandonnés, et les droits des héritiers de l'absent sont relégués au second plan.

Donc, suivant le système adopté par les codificateurs, le législateur se préoccupe en premier lieu des droits de l'absent pendant les deux premières périodes de l'absence, la curatelle et l'envoi provisoire. Pendant la curatelle, comme la présomption de vie domine, la loi ne s'occupe des biens de l'absent que si ce dernier n'a pas laissé un procureur et, dans ce cas, le curateur qui est nommé n'a que des pouvoirs de pure administration. Pendant la deuxième période de l'absence, au contraire, il y a lutte entre la présomption de vie et la présomption de mort. Mais, malgré cette lutte et l'incertitude qu'elle entraîne, le législateur pense surtout à préserver les biens de l'absent de l'abandon dont ils sont menacés. Pour la première fois, il songe aux héritiers de l'absent. Si ce dernier était réellement mort, ses biens seraient dévoulus à ses héritiers ; donc, au lieu de confier l'administration des biens de l'absent à un curateur, qui peut être un étranger, on la confie aux héritiers présomptifs de cet absent et, en même temps, on donne à ces héritiers présomptifs des pouvoirs un peu plus étendus que ceux que possédait le curateur dans la première période de l'absence. Mais, je ne saurais trop le répéter, l'intérêt de l'absent est au premier plan.

Voici donc, en deux mots, la différence essentielle entre notre droit et le droit français moderne.

En France, durant la deuxième période de l'absence, le législateur est autant préoccupé des droits des héritiers que des droits de l'absent. Conséquence : on présume, provisoirement, l'absent comme mort, on ouvre provisoirement tous les droits auxquels sa mort donnerait lieu, si elle était prouvée, tous ceux qui sont nantis de ces droits éventuels peuvent en obtenir la possession provisoire, et les envoyés provisoires gagneront une portion des fruits perçus.

Ici, au contraire, durant cette deuxième période de l'absence, les droits de l'absent sont au premier plan. Conséquence : on ne présume pas l'absent mort provisoirement, on n'accordera la possession provisoire qu'aux héritiers présomptifs et non à ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, comme les donataires ou légataires, enfin les envoyés en possession provisoire, comme nous le verrons plus loin, ne gagneront aucune portion des fruits des biens de l'absent.

Cette différence constatée, je puis reproduire ce que dit Mourlon de la possession provisoire qui est accordée aux héritiers présomptifs de l'absent. Avant de le faire, je dois cependant explipliquer une expression dont se sert l'article 93 de notre code.

Notre article 93, comme l'article 120 du code Napoléon, porte que les héritiers présomptifs de l'absent pourront demander la possession provisoire; seulement, le code Napoléon dit : " Ses " héritiers présomptifs *au jour de sa disparition ou de ses der-* " *nières nouvelles*," et notre code : " Ses héritiers présomptifs *au* " *jour de son départ ou de ses dernières nouvelles*." La portée de cette disposition de notre code n'est pas que l'on pourra, à son gré, compter les cinq ans, soit à partir du départ, soit à partir des dernières nouvelles. Les mots "*départ ou dernières nouvelles*" sont mis là dans le sens de *disparition*. La personne aujourd'hui absente a pu partir il y a un grand nombre d'années, donner de ses nouvelles pendant les premières années et ensuite disparaître. Les héritiers au jour du *départ* peuvent très bien n'être pas héritiers au jour des *dernières nouvelles* ou de la *disparition*. Or ce sont, de toute évidence, les héritiers au moment de la *disparition* que le législateur a en vue.

Disons donc que l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent peut être demandé par ceux qui étaient ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition. Le jugement qui accorde l'envoi en possession provisoire]] ouvre provisoirement la succession de l'absent *(a)*; mais cette ouverture provisoire remonte, quant à ses effets, *au jour de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles*.

C'est donc à ce moment, c'est-à-dire au moment où l'absent à donné le dernier signe de vie, et non pas au moment de la décla-

(*a*) On peut peut-être appeler cela une ouverture provisoire de la succession de l'absent, mais cette ouverture ne bénéficie qu'aux héritiers présomptifs et encore ne leur donne que des droits très limités. Ce serait plus exact de se servir du terme *dépôt* qu'emploie l'article 96.

ration de son absence, qu'il faut se placer pour reconnaître quels sont, parmi ses parents, ceux au profit desquels sa succession s'est provisoirement ouverte, et qui, par suite, ont droit à l'envoi en possession provisoire de ses biens.

Ceux qui, s'il était réellement mort au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, seraient ses héritiers *définitifs*, deviennent, par l'effet de [[l'envoi en possession provisoire]], ses héritiers *provisoires*. Ce droit de succession s'est ouvert dans leur personne dès l'instant de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, *sous la condition suspensive de* [[*l'envoi en possession provisoire*]] ; or un droit, quoique conditionnel, est transmissible aux héritiers de la personne qui en est investie (art. 1085). De là cette conséquence : si les héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent meurent avant que son absence ait été déclarée, le droit d'obtenir l'envoi en possession provisoire de ses biens appartient à leurs propres héritiers, quels qu'ils soient, testamentaires ou légitimes.

Ainsi, le droit d'obtenir l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent compète, non pas à ceux qui occupent le premier rang de la successibilité au moment de la déclaration d'absence, mais à ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, s'ils existent encore au moment de la déclaration, ou, dans le cas contraire, à leurs propres héritiers. — Parcourons quelques espèces.

L'absent avait, au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, deux cousins germains, *Primus* et *Secundus* ; *Primus*, qui est décédé avant la déclaration d'absence, a laissé des enfants ; si l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent compétait aux héritiers présomptifs *au moment de la déclaration d'absence*, le droit de le demander appartiendrait uniquement à *Secundus*, qui, étant plus proche parent que les enfants de *Primus*, les exclurait. Dans le système qu'a suivi la loi, les choses devant se passer, [[quant au choix des héritiers présomptifs,]] comme elles se passeraient si en réalité l'absent déclaré était mort au moment où il a disparu ou donné ses dernières nouvelles, le droit à l'envoi en possession provisoire de ses biens appartient, non seulement à *Secundus*, qui a survécu à la déclaration d'absence, mais aussi aux enfants de *Primus* qui est prédécédé. Ce droit s'était, en effet, ouvert dans sa personne en même temps que dans celle de *Secundus ;* en mourant, il l'a transmis, confondu avec ses autres droits, à ses propres héritiers.

Au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, l'absent n'avait pour héritier présomptif que son père. Au moment de la déclaration de son absence [[par le jugement d'envoi en possession provisoire,]] on compte : 1° son père ; 2° des frères et sœurs nés d'un second mariage contracté par le père pendant l'intervalle de la disparition à la déclaration : — à qui compète le droit de demander l'envoi en possession provisoire de ses biens ? Si l'on devait se placer *au moment de* [[*l'envoi en possession provisoire*]] pour apprécier les titres des divers prétendants, sa succession appartiendrait provisoirement à son père et à ses frères et sœurs, conformément aux articles 627 et 633. Mais sa succession étant réputée ouverte, le jour de la disparition, au profit de ses héritiers présomptifs *à ce moment*, elle appartient à son père seul conformément aux articles 626 et 631 ; ses frères et sœurs sont exclus *(a)*.

L'absent, au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, avait pour héritier présomptif un frère ; celui-ci est mort depuis, mais avec un héritier testamentaire : — dans ce cas, aucun parent de l'absent n'a droit à l'envoi en possession provisoire de ses biens ; ce droit appartient à l'héritier testamentaire, qui l'a trouvé dans la succession du frère dans la personne duquel il était ouvert *(b)*.

Ces résultats, du reste, ne sont que *provisoires*.

Ils seront *définitifs* si l'époque du décès de l'absent *reste à jamais inconnue* [[et, qu'avenant l'époque de la possession définitive, l'héritier présomptif n'est pas exclu par une personne dont le droit prime le sien :]] il y a alors présomption légale que l'absent est *réellement* mort au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles *(c)*.

(*a*) J'ai modifié un peu le cas supposé par Mourlon pour le faire concorder avec les dispositions particulières de notre droit.

(*b*) Voir, dans ce sens, M. Baudry-Lacantinerie, tome Ier, n° 349. C'est ainsi qu'une personne, qui n'est à aucun degré héritier de l'absent, obtient la possession provisoire. C'est un droit qu'il a trouvé dans la succession de l'héritier présomptif de l'absent, et puisqu'il est, suivant la fiction légale, la continuation de la personne de cet héritier présomptif, il n'est que logique de lui reconnaître le droit de demander la possession provisoire. A première vue, il peut paraître étrange d'accorder l'envoi provisoire au légataire de l'héritier présomptif, lorsque, peut-être, il peut exister un légataire de l'absent qui, si ses droits avaient été reconnus, aurait pu contester la pessession de la succession à cet héritier présomptif. Mais le légataire de l'héritier présomptif fait ce que le légataire de l'absent ne peut faire. Il prouve la mort du testateur dont il invoque le testament.

(*c*) Remarquons en passant que, quand la présomption de mort est acquise par les trente années d'absence ou les cent ans de vie, non

Dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire lorsqu'on découvre l'époque précise du décès de l'absent, la réalité, étant connue, remplace le provisoire. Sa succession s'ouvre alors, par son décès, au profit de ceux qui sont ses héritiers, à cette époque. Dans ce cas encore, le provisoire reste *définitif*, si les envoyés en possession provisoire se trouvent être, au moment du décès, ceux qui occupent le premier rang de la successibilité ; si, au contraire, ils ne sont plus, à cette époque, les héritiers de l'absent décédé, ce qui est possible, ainsi que je l'ai montré par les espèces précédentes, [[ou bien, s'ils se trouvent exclus de la súccession par suite du testament laissé par l'absent,]] le provisoire est remplacé par la réalité : les envoyés en possession restituent alors les biens dont ils avaient été nantis provisoirement à ceux qui, les excluant, succèdent à leur place.

[[Par ce qui a été dit plus haut, le lecteur a pu voir que je n'admets l'envoi en possession provisoire qu'en faveur des héritiers *ab intestat* de l'absent. Le code Napoléon permet d'ouvrir le testament de l'absent après la déclaration d'absence, il fait plus, il accorde la possession provisoire au donataire dont le droit ne doit prendre naissance qu'au décès du donateur. En un mot, il fait bénéficier de l'envoi en possession provisoire tous ceux qui avaient, sur les biens de l'absent, des droits subordonnés à la condition de son décès (art. 123 C. N.). Mais il le fait en vertu d'une disposition formelle. Cette disposition formelle manque dans notre droit. Le législateur ne parle que des *héritiers présomptifs*, c'est-à-dire, des *héritiers ab intestat.* Du reste, l'ancien droit excluait de la possession provisoire le *légataire* ou l'*héritier institué.* Bretonnier *(a)* cite, en l'approuvant, un arrêt du parlement de Toulouse, du 2 juin 1650, qui a jugé que la possession des biens de l'absent ne doit pas être donnée à l'héritier institué, et il ajoute :

"La décision de cet arrêt est juste ; mais elle reçoit deux exceptions et une limitation.

" La première exception est en faveur de l'héritier institué, qui " se trouve être l'un des héritiers présomptifs ; ayant pour lui la " vocation de la loi et la volonté du testateur, il doit l'emporter " sur les autres héritiers présomptifs.

---

seulement les *héritiers*, mais *les autres ayants droit* de l'absent peuvent demander le partage de ses biens. Donc, un héritier testamentaire, exclu lors de l'envoi provisoire, pourrait, à cette époque, réclamer ses droits (art. 98).

(*a*) *Questions de droit*, ch. 3, pp. 7-10, cité par DeLorimier, *Bibliothèque du code civil*, t. 1er, pp. 567-8.

" La seconde, quand l'héritier institué, quoique étranger, est " chargé de la procuration de l'absent, pour lors la double con-" fiance que le testateur a témoigné avoir en lui, doit le faire " maintenir dans l'administration des biens qui lui avait été con-" fiée par l'absent : c'est le sentiment de M. Catelan, t. I, liv. 2, " ch. 57 et de M. de Vedel, en ses observations, liv. 2, ch. 57 (*a*).

" Mais quoique l'héritier institué ne soit, ni héritier présomptif, " ni porteur de procuration, il faut pourtant lui donner un jour la " possession des biens de l'absent. M. Catelan, au même endroit, " estime qu'il faut d'abord la donner à l'héritier présomptif, et dix " ans après à l'héritier institué. Je crois qu'il serait mieux de ne " donner la possession à l'héritier institué que trente ans après le " départ de l'absent, ou après la dernière nouvelle qu'on a eue de " lui ; mais en quelque temps qu'on la lui donne, si dans la suite " il peut justifier du décès de l'absent, l'héritier présomptif sera " tenu de lui rendre les fruits."

Voir aussi, dans le même sens, feu le juge T. J. J. Loranger, 3 *Revue Légale*, p. 107.

Je décide la même chose quant au nu propriétaire de biens dont un absent à l'usufruit.

Mourlon est d'avis que l'envoi en possession provisoire peut être demandé par la personne appelée à une substitution dont l'absent est grevé (note au n° 408). Il me paraît douteux que cette conséquence découle des principes que j'ai exposés, à moins que l'appelé ne soit l'héritier présomptif de l'absent.]]

IV. Quels sont les biens que peut comprendre l'envoi en possession provisoire. — L'envoi en possession provisoire, [[ayant pour but de pourvoir à l'administration des biens que possédait l'absent]] le jour où il a donné le dernier signe de vie, ne peut comprendre que les biens qui, *au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles*, composaient son patrimoine, c'est-à-dire les droits réels ou personnels dont il était alors nanti.

Peu importe que ces droits soient purs et simples ou subordonnés à une condition : car les droits conditionnels, tout imparfaits qu'ils sont, constituent, dès à présent, un bien acquis, dont on peut disposer, qui figure dans notre patrimoine, et qui, par conséquent, passe avec lui à nos héritiers provisoires ou définitifs

(*a*) Les deux exceptions de Bretonnier ne peuvent être accueillies dans notre droit : la première, parce que l'article 93 ne fait aucune distinction entre les héritiers présomptifs ; la seconde, parce que cet article ne mentionne que les héritiers présomptifs et exclut par là même les étrangers.

(art. 1085). — Il faut, toutefois, excepter ceux dont la nature est telle qu'ils ne peuvent s'ouvrir qu'autant que la personne qui a l'espoir de les recueillir *a survécu* à l'événement qui doit leur donner naissance : ainsi, les biens compris dans les successions ouvertes *depuis* l'absence, et qui appartiendraient à l'absent si son existence était prouvée, ne doivent pas être compris dans l'envoi en possession provisoire. Ces biens restent entre les mains de ceux qui les ont recueillis au défaut de l'absent, conformément à l'article 105.

Les fruits que les biens de l'absent ont pu produire depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles sont évidemment compris dans l'envoi en possession provisoire : car, ayant été acquis et capitalisés au nom et dans l'intérêt de l'absent, ils ont naturellement accru la masse des biens qu'il avait avant sa disparition. Remarquez que les envoyés en possession provisoire les obtiennent comme des *capitaux*, qui devront être rendus en totalité à l'absent s'il reparaît.

Mais à qui seront-ils provisoirement remis ? A ceux qui recevront la possession provisoire des biens qui les ont produits. [[Ainsi, s'il s'est fait un partage entre les envoyés provisoires, chacun de ces envoyés]] doit recevoir *provisoirement* les biens qu'il aurait eus, et les fruits qu'il en aurait retirés *définitivement*, si l'absent était réellement mort au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

[[L'héritier présomptif peut-il renoncer en faveur d'un tiers à son droit à la pessession provisoire et ce cessionnaire peut-il jouir de cette possession conjointement avec les autres héritiers ou envoyés ? Il me paraît clair que l'envoyé peut céder son droit car aucune loi ne déclare ce droit incessible. Mais les autres envoyés peuvent-ils exercer le retrait successoral vis-à-vis de ce tiers ? La question est controversée, mais Demolombe (t. 2, n° 76 *bis*) croit que, pour parité de raisons, c'est-à-dire pour empêcher l'ingérance d'étrangers dans les affaires de famille, on doit admettre l'exercice de cette action contre le tiers acquéreur des droits d'un envoyé. Il va sans dire que le cédant et ses cautions sont responsables de la gestion du cessionnaire.]]

V. Des garanties de restitution et des mesures conservatoires que la loi exige ou prescrit en prévision du retour de l'absent. — [[L'article 97 de notre code dit que " ceux qui ont obtenu la possession " provisoire doivent faire procéder devant notaire à l'inventaire " du mobilier et des titres de l'absent, et à la visite par experts " des immeubles, afin d'en constater l'état. Le rapport est

" homologué par le tribunal et les frais en sont pris sur les biens " de l'absent. — Le tribunal qui a accordé la possession ordonne, " s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier ; auquel cas " il est fait emploi du prix de la vente, ainsi que des fruits " échus."]] Ces garanties et mesures conservatoires sont :

1° Le cautionnement et l'inventaire : cette mesure est toujours *obligatoire ;*

2° La vente des meubles et le placement des capitaux : cette mesure est laissée *à l'appréciation du tribunal ;*

3° La constatation de l'état des immeubles : cette mesure est [[*de rigueur.*]]

Ainsi, 1° les envoyés en possession provisoire DOIVENT :

D'une part, *fournir caution pour sûreté de leur administration* (art. 93 *in fine*). La caution est reçue par le [[protonotaire ou au greffe.]] Mais on ne la reçoit qu'autant qu'elle réunit les conditions prescrites par les articles 1938, 1939 et 1962. Les envoyés en possession provisoire qui ne trouvent point de caution sont admis à donner à la place une garantie d'une autre nature, par exemple, une bonne et suffisante hypothèque (art. 1963) ; s'ils ne peuvent ni fournir une caution, ni donner à sa place une autre garantie suffisante, on peut, par analogie, leur faire l'application des articles 465 et 466 (1) *(a)*.

D'autre part, *faire procéder à l'inventaire des meubles et des titres de l'absent* [[*devant notaire.*]] — Il est utile de constater ce que les envoyés recueillent, afin, s'il y a lieu, de savoir ce qu'ils devront rendre *(b)*.

2° *Le tribunal* PEUT, *lorsqu'il l'estime convenable, leur imposer l'obligation de vendre les meubles et de faire emploi du prix en provenant* [[*ainsi que des fruits échus.*]]—Ainsi, la question de savoir si les envoyés en possession provisoire vendront les meubles, ou s'ils les garderont en nature, est entièrement abandonnée à l'appréciation du tribunal, qui la résoudra suivant

---

(1) Telle est l'opinion générale (voy. MM. Aubry et Rau, t. I, § 152, p. 603, note 9 [[et M. Baudry-Lacantinerie, n° 353.]]) Je l'ai combattue dans la *Rev. prat.*, t. I, p. 132 ; Comp. M. Laurent, t. II, n° 171.

(*a*) Il me paraît douteux que les articles 465, 466 puissent être étendus à l'envoyé dans notre droit. Ils comportent paiement des fruits à l'usufruitier, ce que l'envoyé provisoire ne peut jamais réclamer.

(*b*) Dans notre droit, on fera l'inventaire en se conformant aux dispositions des articles 1304 et suivants du code de procédure civile. Dans les cas ordinaires d'inventaire, on procède en présence des parties ; ici les parties sont les envoyés.

les circonstances, en ayant égard à la nature des meubles et à la qualité des envoyés en possession. Il convient, par exemple, que les choses qui dépérissent par le temps, ou dont la conservation est difficile et dispendieuse, telles que les denrées, les marchandises à la mode, les chevaux et la plupart des meubles meublants, soient transformées en un capital dont la nature est d'aller toujours en grossissant par l'accumulation des intérêts qu'on peut lui faire produire. On devra, au contraire, être plus réservé en ce qui concerne les tableaux, les livres et autres objets auxquels l'absent attache peut-être un prix d'affection. Mais, dans l'un et l'autre cas, la qualité de l'envoyé en possession devra être prise en considération. Ainsi, bien qu'il importe peut-être à l'absent que tels ou tels meubles soient *conservés* ou *vendus*, les juges pourront néanmoins ordonner la *vente* ou la *conservation*, lorsque cette mesure est réclamée par *son fils* et dans un intérêt légitime.

La loi n'indique point les *formes* à suivre pour la vente des meubles. C'est donc un point laissé à l'appréciation du tribunal, qui peut ordonner qu'ils seront vendus à l'amiable ou suivant les formes prescrites pour la vente des biens mobiliers appartenant à un mineur, c'est-à-dire aux enchères et après affiches (art. 293 C. civ.). [[Je crois que cette disposition s'applique aux meubles incorporels comme aux meubles corporels.]] *(a)*

Elle n'indique point non plus la manière dont il devra être fait emploi du prix des meubles [[ainsi que des fruits échus]] ; elle garde également le silence sur le délai dans lequel l'emploi devra être fait. Ces deux points encore devront être réglés par le tribunal.

3° *Les envoyés en possession provisoire* [[DOIVENT *faire procéder à la visite par experts des immeubles, afin d'en constater l'état (b).*]] — Le rapport de l'expert doit être homologué, c'est-à-dire approuvé, par le tribunal. — A défaut de cette visite des immeubles, les envoyés en possession sont présumés les avoir

---

(*a*) Voyez aussi les articles 1267 et suivants du code de procédure civile. L'article 1278*a* pourvoit à la vente de valeurs, telles que capitaux, actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie ou effets publics appartenant aux absents.

(*b*) Cette constatation de l'état des immeubles était autrefois facultative dans notre droit, comme elle l'est du reste en France (art. 126 C. N.). La disposition de l'article 97 qui la rend obligatoire est de droit nouveau.

reçus en bon état, sauf à eux à faire preuve du contraire (voy., à ce sujet, les art. 1632 et 1633) *(a)*.

Les frais que cette visite occasionne sont [[" pris sur les biens de l'absent" (art. 97).]] J'en dis autant, par analogie, des frais auxquels donnent lieu les autres mesures......

VI. De la nature du droit des envoyés en possession provisoire; des actes qui leur sont permis et des actes qui leur sont défendus.— [[L'article 96 de notre code dit que " la possession provisoire est un " dépôt, qui donne à ceux qui l'obtiennent l'administration des " biens de l'absent et qui les rend comptables envers lui ou ses " héritiers ou représentants légaux." Notre article est un peu plus explicite que l'article 125 du code Napoléon qui ne contient pas les mots " ses héritiers ou représentants légaux."]]

" N'est qu'un *dépôt*......" Le *dépôt* est un contrat par lequel une personne reçoit une chose pour la garder, en avoir soin et la rendre à la première réquisition. Les envoyés en possession provisoire reçoivent également les biens de l'absent pour les garder, et à la charge de les rendre à qui de droit, dès qu'ils en seront requis. Sous ce double point de vue, la possession provisoire peut être assimilée au *dépôt*. Mais, sous d'autres rapports, elle en diffère essentiellement. Ainsi :

1° La possession provisoire comprend tous les biens de l'absent, *meubles* ou *immeubles*; le dépôt proprement dit ne s'applique qu'aux *meubles* (art. 1796).

2° Elle confère le droit d'*administrer* les biens qu'elle a pour objet, et, par suite, le pouvoir de faire au nom de l'absent, certains actes qui l'obligent, par exemple, des aliénations *conservatoires*. Le dépôt n'impose que des devoirs : son effet se borne à obliger le dépositaire à garder la chose et à la rendre en nature. — Pour tout dire en un mot, les envoyés en possession provisoire ne sont point *propriétaires* des biens qu'ils possèdent ; ils en sont simplement les gardiens, chargés de les administrer, sous l'obligation d'en rendre compte. La qualification qui leur convient est, par conséquent, complexe. Je les appelle : des *dépositaires*, *administrateurs* et *comptables*.

Les actes qu'ils font en qualité d'administrateurs comptables et dans la limite des pouvoirs que cette qualité comporte, devront être respectés par l'absent, en cas qu'il revienne ou qu'il donne de ses nouvelles.

(*a*) Cette présomption serait encore plus défavorable aux envoyés dans notre droit qui leur impose l'obligation de faire cette constatation.

Les actes qui dépassent ces limites, que le pouvoir d'administrer ne comporte point, les actes de disposition, comme l'aliénation des immeubles ou les constitutions d'hypothèques, sont nuls *quant à lui*. Mais, s'il ne reparaît point, et ne donne point de ses nouvelles, de sorte que l'époque de son décès reste à jamais inconnue (ou même s'il ne reparaît ou ne donne de ses nouvelles qu'après l'envoi en possession définitif), ces actes sont alors réguliers et obligatoires pour les parties qui les ont faits : car, les envoyés en possession provisoire étant *propriétaires*, sous la condition suspensive que la vie de l'absent restera au moins incertaine jusqu'à *l'envoi en possession définitif*, [[et aussi sous la condition suspensive qu'il n'y aura pas alors des ayants droit de l'absent, par exemple, des légataires dont le droit primera le leur]], les actes qu'ils ont passés en qualités d'administrateurs sont, aux yeux de la loi, *lorsque ces conditions se réalisent*, réputés faits par des *propriétaires proprement dits* (art. 1085). *(a)*

En résumé, les *actes d'administration* sont valables *ergà omnes*, c'est-à-dire tant à l'égard des parties qui les ont faits qu'à l'égard de l'absent, s'il reparaît ou donne de ses nouvelles.

Quant aux *actes de disposition*, une distinction est nécessaire : *valables* entre les parties desquelles ils émanent (1), ils sont *nuls* quant à l'absent. Leur validité ou leur nullité dépend donc de l'avenir. Reste-t-on sans nouvelles de l'absent, arrive-t-on à l'envoi en possession définitif, [[sans qu'il se trouve aucun légataire, donataire ou autre ayant droit dont le droit prime celui des envoyés]], les envoyés en possession provisoire étant réputés avoir été personnellement propriétaires le jour même de l'envoi provisoire, tous les actes qu'ils ont passés sont réguliers et valables. — L'absent donne-t-il de ses nouvelles avant l'envoi en possession définitif, ou vient-on à découvrir que sa succession s'est ouverte, par son décès, à une époque où les envoyés en possession provisoire n'étaient pas ses héritiers présomptifs : ils n'ont été que des *administrateurs* du bien d'autrui : en conséquence, tous les actes de disposition qui émanent d'eux sont nuls, à moins pourtant qu'ils n'aient été faits *avec l'autorisation préalable du tribunal*.

Mais quels actes sont *d'administration*, quels actes *de disposition* ? Là est la difficulté. — Quel sera, d'ailleurs, *pendant l'envoi en possession provisoire*, le sort des actes de disposition faits par les envoyés en possession ? La nullité peut-elle en être

---

(1) Voy. toutefois ce que nous disons ci-dessous, p. 284.

(*a*) Voyez aussi l'article 1488.

demandée par les tiers qu'ils intéressent ? peut-elle l'être par les envoyés eux-mêmes ?

Sur tous ces points, la loi est à peu près muette. On supplée à son silence par des analogies, tirées tantôt de la tutelle, tantôt du mandat, tantôt de la gestion d'affaires. Prenons des espèces.

1° *Réparations*...... L'envoyé *peut* et *doit* les faire : les marchés qu'il passe à cet effet doivent être tenus et respectés, même par l'absent de retour. Quant aux frais qu'elles occasionnent, une distinction est nécessaire. C'est ordinairement avec ses capitaux qu'un propriétaire pourvoit aux *grosses réparations* (voy. l'art. 469) ; ce n'est, au contraire, qu'au moyen d'un prélèvement sur ses *revenus* qu'il fait face aux *réparations d'entretien*. De là cette double conséquence : 1° les *grosses réparations* restent pour le tout à la charge de l'absent, s'il reparaît ou donne de ses nouvelles : car ses *capitaux* lui sont alors intégralement restitués ; 2° *les réparations d'entretien* doivent, dans le même cas, être supportées par l'absent, [[mais l'envoyé, comme je le dirai plus loin, peut, et j'ajouterai doit y employer les fruits]] ;

2° *Location des biens*...... Les baux ou locations faits par l'envoyé sont, quelle que soit leur durée, obligatoires pour tout le temps stipulé, entre les parties ; mais [[en France, on décide qu'ils]] n'obligent l'absent de retour que pour le temps qui reste à courir de la période de neuf ans dans laquelle on se trouve au moment de son retour ou de ses dernières nouvelles (Argum. d'analogie tiré des art. 595, 1718, 1429 et 1430 C. N.).

[[L'argument d'analogie est bien plus fort, sous le code Napoléon que dans notre code. En France, l'usufruitier, le tuteur, le mari, quant aux biens de sa femme, peuvent consentir des baux de neuf ans. Dans notre droit, au contraire, il n'y a que le mari qui puisse faire un bail de neuf ans, les baux consentis par l'usufruitier (art. 457) par le grevé de substitution (art. 949) finissent avec la jouissance du locateur, sauf pour l'année commencée, et il semblerait que la même règle devrait s'appliquer quant aux baux consentis par les envoyés. Le seul tempérament que j'admettrais, c'est celui qui est indiqué à l'article 457, c'est-à-dire, le fermier ou le locataire aura droit et sera tenu de continuer sa jouissance durant l'année commencée lors de l'expiration de l'envoi en possession provisoire par le retour de l'absent ou la preuve de son existence, à la charge de payer à l'absent le loyer de l'immeuble loué. Il n'y a aucune injustice pour le locataire dans cette résiliation de son bail, car il savait que le droit de son bailleur était résoluble.]]

3° *Aliénations d'immeubles, constitutions d'hypothèques*...... Ces actes de disposition sont-ils valables, à l'égard de l'absent qui est de retour ou qui a donné de ses nouvelles avant l'envoi en possession définitif ? On distingue : si l'envoyé les a passés de sa propre autorité, sans aucune formalité judiciaire, ils sont nuls en vertu du principe que nous avons posé ci-dessus. Ils sont valables, au contraire, si, avant d'agir, il a eu soin d'obtenir de la justice une autorisation préalable *(a)*.

L'aliénation des immeubles et la constitution d'hypothèques sont, en effet, dans certains cas, des actes *conservatoires* et, partant, *nécessaires*. Qu'on suppose, par exemple, que l'absent a laissé des dettes contractées à 6 pour 100, et des immeubles dont le revenu ne dépasse pas 3 pour 100 par an, mais dont la valeur vénale égale le montant des dettes : si les choses restent dans cet état, sa ruine est imminente. Donc, s'il n'a pas laissé de capitaux disponibles, si ses biens mobiliers sont insuffisants, son intérêt bien entendu demande impérieusement qu'on éteigne, avec l'argent d'un ou de plusieurs de ses immeubles, les dettes qui le ruinent. — Ses meubles sont en mauvais état ; des réparations sont nécessaires, urgentes ; il n'a point laissé d'argent ; ses meubles sont insuffisants : force est donc, [[à moins que les fruits que les envoyés ont dû conserver ne soient insuffisants pour cela,]] de recourir à l'emprunt ; mais les tiers qui consentent à prêter des fonds exigent une hypothèque.

L'envoyé peut s'adresser à la justice et se faire autoriser, dans le premier cas, à consentir l'aliénation, dans le second, à constituer l'hypothèque exigée comme condition du crédit que le prêteur accorde à l'absent. Cette autorisation lui donnant le pouvoir qui lui manque, les actes qu'il fait sous cette garantie sont tout aussi valables que ceux qui émanent d'un tuteur dûment autorisé.

Cette faculté qu'a la justice d'autoriser l'envoyé à faire des actes de *disposition*, lorsqu'ils sont nécessaires ou qu'ils présentent un avantage évident, est, en ce qui touche la *constitution d'hypothèque*, formellement consacrée par l'article 2039 (1).

[[On l'induit également en France des termes de l'article 112

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 286 ; Dur., t. I, n° 284 ; Dem., t. I, n° 157 *bis* ; MM. Demol., n° 111 ; Aubry et Rau, t. I, § 153, 1° ; Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 209 ; Laurent, t. II, n° 181.

(*a*) Il faut remarquer que le code Napoléon contient un article formel (l'art. 128) qui déclare que les envoyés provisoires ne peuvent aliéner ni hypothéquer les biens de l'absent. Nous n'avons pas d'article semblable, mais puisque les envoyés ne sont qu'administrateurs, on peut dire que les actes d'aliénation leur sont en principe interdits.

du code Napoléon, qui, pendant la période de la simple présomption d'absence, permet au tribunal d'ordonner les mesures qu'il croit nécessaires *(a)*.]]

Les aliénations d'immeubles et les constitutions d'hypothèques, qui sont nulles *à l'égard de l'absent* lorsque l'envoyé les a faites *de sa propre autorité*, sont-elles valables *entre les parties?*

Ainsi, d'abord, la nullité de l'aliénation peut-elle être demandée par l'acheteur? peut-elle l'être par l'envoyé qui a vendu? La question se résout par une distinction.

La vente est régulière, valable, entre les parties, qui sont également tenues de la respecter, lorsque l'envoyé a vendu l'immeuble *comme bien d'absent* et en sa qualité d'envoyé. Il est alors réputé avoir cédé à l'acheteur ses droits tels quels, son droit éventuel à la propriété, en d'autres termes, son droit d'envoyé. C'est un contrat aléatoire, dont chacune des parties a volontairement accepté les chances : donc, quelles qu'elles soient, chacune d'elles doit les subir. Ainsi, l'acheteur prend, quant à la chose vendue, la place de l'envoyé.

Mais, s'il a vendu le bien de l'absent *comme sien*, s'il s'est posé dans la vente comme étant dès à présent propriétaire irrévocable de la chose vendue, l'acheteur, qui a été induit en erreur, peut demander la nullité de la vente. L'aliénation qui lui a été consentie est, en effet, soumise aux éventualités de l'avenir ; or, il a voulu et il a cru acquérir, en échange du prix qu'il a promis, une propriété certaine et définitive. Ce serait, par conséquent, le lier malgré lui et lui imposer un contrat auquel il n'a pas donné son consentement, que le forcer de rester dans la position incertaine et précaire où il se trouve placé. [[Cela résulte, du reste, des termes de l'article 1487 qui dit que la vente de la chose d'autrui est nulle. Voir, cependant, cet article et les exceptions que consacrent les articles 1488, 1489 et 1490.]]—Que si, en fait, il a connu la vérité, s'il a su que le bien qu'on lui vendait était un bien d'absent, il doit alors tenir le contrat ; sauf, s'il est plus tard évincé par l'absent, à recourir contre l'envoyé en restitution du prix *(b)*.

Quant à l'envoyé, le contrat tient toujours : il ne lui est pas permis d'en demander la nullité. Il serait, en effet, garant de l'éviction qu'il ferait subir à l'acheteur, et c'est un principe général que celui qui répond d'une éviction n'en peut pas devenir

(*a*) **Nous n'avons pas d'article semblable.**

(*b*) Voyez, à ce sujet, l'article 1512.

l'auteur : *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.* [[Du reste, si l'envoyé devient propriétaire de la chose par l'envoi en possession définitif, cette vente le liera aux termes de l'article 1488.]]

L'hypothèque que l'envoyé a constituée de sa propre autorité est également valable à son égard et par les mêmes motifs. Mais le créancier au profit duquel elle existe, peut-il, *dès à présent*, saisir l'immeuble et le faire vendre ? La négative est généralement admise. Que saisirait-il, en effet ? le droit éventuel de l'envoyé ? Mais ce droit, n'étant point compris parmi les biens qui sont susceptibles d'expropriation forcée, ne peut pas être saisi (1) !

Nous venons de voir que l'envoyé ne peut point, de sa propre autorité, aliéner *les immeubles*, que ces aliénations sont nulles à l'égard de l'absent. La loi ne dit rien de semblable des *meubles*. En faut-il conclure qu'il peut les aliéner seul et sans aucune formalité ? S'il s'agit d'un meuble corporel, et si l'acheteur qui le possède l'a reçu de bonne foi, [[on décide en France, aux termes de l'article 2279 du code Napoléon, qu'aucune]] éviction n'est possible, [[et que]] la règle, *en fait de meubles, la possession vaut titre*, protège l'acheteur contre toute revendication. [[Notre droit ne va pas tout à fait aussi loin que l'article 2279 du code Napoléon. Le possesseur de bonne foi, qui n'a pas encore prescrit, peut (sauf le cas où la chose a été volée ou perdue) repousser la revendication du véritable propriétaire si la chose a été achetée dans une foire, marché ou à une vente publique, ou d'un commerçant trafiquant en semblables matières ou en affaire de commerce en général (art. 2268) ; mais, dans les autres cas, sa possession ne lui vaudra rien si la prescription du meuble, objet de cette possession, n'est pas accomplie. Voir, sur l'interprétation de la maxime, *possession vaut titre*, les remarques du juge en chef Lacoste, dans la cause de *Filiatrault & Goldie*, R. J. Q., 2 B. R., p. 368. Mais, si l'acheteur]] est de mauvaise foi, s'il a su, en recevant le meuble qui lui a été livré, que l'aliénateur n'était qu'un *envoyé*, ou si, lorsqu'il est de bonne foi, la chose qu'il a reçue est *incorporelle* (2), l'absent de

(1) Dem., t. I, n° 157 *bis*, III et IV ; M. Demol., n° 137.—M. Laurent enseigne (t. II, n° 82) que l'envoyé peut et doit agir en nullité pour conserver les droits de l'absent, sauf à être tenu comme garant. [[Voir, au surplus, l'article 632 du code de procédure civile.]]

(2) La règle, *en fait de meubles, possession vaut titre*, ne s'applique pas aux choses incorporelles, par exemple, aux créances (voy. l'explic. de l'article 2268 de notre code).

retour peut-il demander la nullité de la vente et reprendre la chose vendue ? La solution de cette question dépend de la solution de celle que nous avons posée : l'envoyé peut-il *valablement* faire seul, et sans autorisation du tribunal, des ventes de meubles ?

Pour l'affirmative, on argumente, [[en France,]] par *a contrario*, de la disposition de l'article 128 C. N. *(a)* qui, en prohibant expressément et spécialement l'aliénation des *immeubles*, autorise implicitement l'aliénation des *meubles*. Il est vrai que l'envoyé n'est qu'un administrateur ; mais le droit d'administrer, quand il est très étendu, comprend le droit de disposer du mobilier (Arg. d'anal. tiré de l'art. 1318) (1).

Dans ce système, l'aliénation est valable, sauf la responsabilité de l'envoyé, s'il l'a mal faite, c'est-à-dire s'il l'a faite à de mauvaises conditions.

Pour la négative, on argumente de l'article 97. On sait qu'en accordant l'envoi en possession provisoire, le tribunal peut ordonner à l'envoyé de vendre tout ou partie du mobilier ; or, si le tribunal n'a ordonné de vendre que certains meubles, il a par là même, implicitement, imposé à l'envoyé l'obligation de conserver les autres en nature. Sans doute, si les besoins de l'administration l'exigent, si, par exemple, les biens dont le tribunal a implicitement ordonné la conservation viennent, par suite de quelque accident, à dépérir ou à déprécier, l'envoyé peut valablement les transformer en argent ; mais toutes les fois que la vente *n'a point les caractères d'un acte d'administration*, elle est nulle à l'égard de l'absent : elle n'émane, en effet, ni d'un propriétaire ni même d'un administrateur, puisqu'elle a été faite, nous le supposons dans l'espèce, en dehors, et, par suite, en violation de son mandat. A quel titre vaudrait-elle donc (2) *(b)* ?

4° *Exercice des droits actives ou passives.* — Nous avons vu que, pendant la période de la présomption d'absence, les tiers qui ont des droits à exercer contre l'absent doivent agir, [[sauf dans le cas de l'action en partage prévu à l'article 691, contre l'absent

---

(1) Dem., t. I, n° 157 *bis*, I ; MM. Aubry et Rau, t. I, § 153, notes 7, 8 et 9.

(2) M. Demol., n° 112 ; Marc., sur l'art. 126 ; M. Laurent, t. II, nos 177 et suiv. [[M. Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 360.]]

(*a*) Nous n'avons pas cet article.

(*b*) Je me range de cet avis. L'opinion contraire ne peut, dans notre droit, invoquer un article comme l'article 128 du code Napoléon, notre code ne prononçant pas sur ce point. L'envoyé du reste n'est qu'un administrateur.

lui-même en lui signifiant leur action suivant les dispositions de de l'article 68 C. P. C. *(a)*.]]

Il n'en est plus de même après l'envoi en possession provisoire. L'absent a désormais, dans la personne de son héritier présomptif, un mandataire qui le représente : c'est donc contre ce mandataire, c'est-à-dire contre l'envoyé en possession provisoire, que doivent être dirigées les réclamations de ceux qui prétendent avoir des droits contre l'absent ; c'est lui qui doit être assigné ; c'est à sa personne ou à son propre domicile que l'assignation doit être remise ; c'est contre lui enfin que sont prononcées les condamnations, et contre lui qu'elles s'exécutent (art. 134 C. N.) *(b)*.

Lorsqu'il existe plusieurs envoyés, les biens et les dettes de l'absent se partagent entre eux. Chacun d'eux ne peut être actionné par les créanciers que proportionnellement à la part active qu'il a reçue : car ce n'est que dans cette limite qu'il représente l'absent.

En principe, les héritiers d'une personne *décédée* sont tenus de ses dettes *ultra vires bonorum*, et le paiement peut en être poursuivi, tant sur leurs biens personnels que sur les biens de la succession ; toutefois, s'ils déclarent au greffe du tribunal qu'ils n'acceptent la succession que sous bénéfice d'inventaire, ils ne paient alors les dettes qu'*intra vires bonorum*, et le paiement n'en peut être poursuivi que sur les biens qu'ils tiennent du défunt (art. 671). Faut-il appliquer la même théorie aux envoyés en possession provisoire des biens de l'absent ? Sont-ils, à défaut de la déclaration dont je viens de parler, tenus de ses dettes *ultra vires bonorum ?* Lorsqu'ils n'en sont tenus que jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillent, le paiement n'en peut-il être poursuivi que sur les biens qu'ils tiennent de l'absent ? Suivant l'opinion générale, l'envoyé, alors même qu'il n'a point déclaré au greffe qu'il n'accepte la succession provisoire de l'absent que sous bénéfice d'inventaire, n'est tenu que dans la limite des biens qu'il possède et sur ces biens seulement. L'envoyé, en effet, n'est pas héritier, propriétaire des biens, débiteur personnel des dettes : ce n'est qu'un *dépositaire*, un administrateur des biens d'autrui ; or, un administrateur ne peut être action-

(a) *Supra*, pp. 264, 265.

(b) Notre article 103 dit " qu'après le jugement accordant la pos " session provisoire, celui qui a des droits à exercer contre l'absent ne " peut les poursuivre que contre ceux qui ont été envoyés en posses- " sion."

né que relativement aux biens qu'il administre, et sur ces biens seulement (1).

Nous venons de voir que c'est contre les envoyés que s'exercent les actions *passives* de l'absent. La loi ne leur donne point expressément le pouvoir d'exercer ses actions *actives*, c'est-à-dire d'agir comme *demandeurs* en son nom. Ils peuvent cependant, tout le monde est d'accord sur ce point, exercer ses actions *mobilières :* ce droit compète, en effet, à tout administrateur du bien d'autrui (art. 1298) *(a)*. Mais que décider quant aux actions *immobilières !* Peuvent-ils les exercer de leur propre autorité, et sans l'autorisation préalable du tribunal ?

M. Duranton (t. I, n° 492) tient la négative. Il la tire, par analogie, de l'article 464 C. N., aux termes duquel aucun tuteur ne peut introduire en justice une action immobilière sans l'autorisation du conseil de famille. Autrement, ajoute-il, les envoyés pourraient aliéner *indirectement* les immeubles de l'absent. Que feraient-ils en effet? ils livreraient l'immeuble qu'ils voudraient aliéner, et n'attaqueraient ensuite le possesseur que pour le faire gagner !

Dans ce système, les envoyés en possession peuvent, de leur propre autorité, plaider dans tous les cas comme *défendeurs* au nom de l'absent ; mais, pour plaider comme *demandeurs*, il leur faut l'autorisation préalable du tribunal, lorsque l'action qu'ils veulent introduire en justice est *immobilière* (2).

L'affirmative me semble mieux fondée. L'envoi en possession des biens comprend les actions immobilières comme tous les autres droits ; or, la possession d'une action consiste précisément dans l'exercice qu'on en fait. La loi s'est d'ailleurs expliquée en ce sens sur un cas particulier : elle permet aux envoyés d'*intenter*, sans aucune autorisation préalable, les actions en partage qui compètent à l'absent (art. 817 C. N.) *(b)*, et par là elle nous

(1) Dur., t. I, p. 144, à la note : Val., *sur Proud.*, t. I, p. 290 et s. : Dem., t. I, p. 224 et 260 : Marc., sur l'art. 134 : M. Demol., n° 136.

(2) En ce sens, voy. aussi M. Laurent, t. II, n° 188.

(*a*) Mourlon cite, en outre, l'article 464 du code Napoléon qui dit qu'aucun tuteur ne pourra introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits, sans l'autorisation du conseil de famille. Nous n'avons pas de disposition formelle en ce sens, mais l'action immobilière pouvant constituer une aliénation d'immeubles, le principe me semble être admis.

(*b*) Je ne veux pas tronquer cette argumentation, mais je dois faire observer que notre article 691 qui correspond à l'article 817 du code Napoléon, en diffère cependant essentiellement en ce que, dans notre droit,

montre que leur pouvoir est plus étendu que celui des tuteurs, auxquels elle refuse le droit de provoquer, sans autorisation du conseil de famille, les partages dans lesquels leur mineur est intéressé (art. 465 C. N.) *(a)*. Or, quelle raison y a-t-il de se montrer plus sévère pour les actions immobilières que pour l'action en partage ? Enfin, à quoi bon demander au tribunal une autorisation préalable ? N'est-ce pas lui qui sera appelé à suivre le procès, à le juger ? L'instruction à laquelle il sera forcé de se livrer n'est-elle pas une garantie suffisante contre la fraude et les simulations (1) ?

Dans ce système, les envoyés en possession provisoire peuvent, dans tous les cas, en matière immobilière comme en matière mobilière, plaider au nom de l'absent, soit comme *demandeurs*, soit comme *défendeurs*. Ce qui est jugé pour ou contre eux l'est également pour ou contre l'absent *(b)*.

VII. Prescription. — L'envoyé peut avoir des droits contre l'absent, ou l'absent contre l'envoyé. La prescription court-elle entre eux ? La négative est généralement admise.

D'abord la prescription ne court point au profit de l'envoyé contre l'absent. Administrateur comptable de la fortune qui lui est confiée, l'envoyé est tenu, en cette qualité, de faire tous les actes qui en assurent la conservation, et, par conséquent, d'interrompre la prescription qui la compromet. Il doit donc, lorsqu'il est débiteur de l'absent, se payer à lui-même ce qu'il doit : *A semetipso exigere debuit*. S'il ne l'a pas fait, il est *en faute !* or, personne ne peut argumenter de l'inobservation de son devoir pour en tirer profit : *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest.*

---

il est interdit au tuteur au mineur, au curateur à l'interdit ou à l'absent de provoquer le partage définitif des immeubles ; ils peuvent, toutefois, demander le partage provisionnel des immeubles et le partage définitif des meubles. Ils n'est pas question, dans cet article, des envoyés en possession,

(1) Dem., t, I, n° 158 *bis*, I ; M. Demol., n° 118. [[Voir aussi, dans le même sens, M. Baudry-Lacantinerie, n° 359.]]

(*a*) Notre article 305 qui correspond à l'article 465 du code Napoléon, dit que le tuteur ne peut provoquer le partage des immeubles du mineur, mais qu'il peut défendre, même sans autorisation, à une demande en partage dirigée contre le mineur.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie (n° 362) enseigne que l'absent ne peut pas former tierce opposition aux jugements rendus contre les envoyés provisoires dans les procès où il a été valablement représenté par eux. Cette conséquence découle des termes mêmes de l'article 510 du code de procédure civile. Le même auteur dit (n° 360) que les envoyés provisoires ne peuvent transiger sur les droits de l'absent. En effet ils ne sont qu'administrateurs.

La prescription ne court point non plus au profit de l'absent contre l'envoyé. Nous avons, en effet, assimilé l'envoyé à un héritier bénéficiaire ; or, la prescription ne court point contre l'héritier bénéficiaire au profit de la succession qu'il administre (art. 223) (1) *(a)*.

La prescription court contre l'absent, au profit des tiers qui possèdent des biens à lui appartenant ou qui lui doivent quelque chose : car l'absence ne figure point parmi les causes qui font obstacle à la prescription (art. 2232).

[[Remarquons, cependant, que les envoyés provisoires ne peuvent jamais, pendant la possession provisoire, prescrire contre contre les légataires ou autres ayants droits dont le droit ne prend ouverture qu'à l'époque de la possession définitive. A compter de cette époque, cependant, ils possèdent comme propriétaires et la prescription commence.]]

Mais ici une question se présente : doit-on, quant aux causes ordinaires de suspension de la prescription (la minorité et l'interdiction [[pour démence]], art. 2232), considérer la personne de l'*absent* ou celle des *envoyés ?* Si l'absent est *majeur*, tandis que l'envoyé est *mineur*, ou réciproquement, la prescription est-elle suspendue ou suit-elle son cours ?

La question doit se résoudre par une distinction :

Si le conflit s'engage entre les envoyés en possession provisoire (ou définitive) et le tiers qui invoque la prescription, les envoyés ne peuvent lui opposer que les causes de suspension qui leur sont personnelles : car, l'absent étant réputé mort *(b)*, ses héritiers

(1) Toull., t. I, n° 420 ; Dem., t. I, p. 240 ; Dur., t. I, n° 494 ; M. Demol., n°s 117 et 118.

(*a*) Notre code contient deux dispositions quant à la prescription contre les absents. L'article 2232, qui est de droit nouveau, dit que la prescription court contre les absents comme contre les présents et par le même temps, sauf ce qui est déclaré quant à l'envoyé en possession. Il ne s'agit que de l'envoyé en possession définitive, car l'article 2203 porte que l'envoyé en possession définitive ne commence à prescrire contre l'absent, ses héritiers ou ses représentants légaux, qu'à son retour ou à son décès connu ou légalement présumé. Je reviendrai sur ce texte, mais je puis dire que, puisque l'envoyé en possession définitive ne prescrit pas contre l'absent, hors les cas prévus, à plus forte raison l'envoyé en possession provisoire ne saurait le faire. D'ailleurs, tout sera réglé, quant à la prescription contre l'absent, par le premier paragraphe de l'article 2203 qui dit que " ceux qui possèdent pour autrui, ou avec reconnaissance d'un do- " maine supérieur, ne prescrivent jamais la propriété pas même par " la continuation de leur possession après le terme assigné."

(*b*) Cette présomption ne me paraît applicable que dans le cas de la possession définitive, mais il n'en reste pas moins moins vrai que les envoyés provisoires ne peuvent pas exciper du droit d'autrui. D'ail-

provisoires ne peuvent réclamer aucun droit de son chef (art. 104 et 105), et, par conséquent, tirer de sa personne une cause de suspension de prescription. Ainsi, la prescription court contre eux, lorsqu'ils sont majeurs et non interdits, quoiqu'en fait l'absent soit en état de minorité ou d'interdiction. Elle est suspendue dans l'hypothèse inverse (1).

Si, au contraire, la prescription est opposée à l'absent de retour (ou à ses ayants cause), la personne des envoyés en possession s'efface alors ; celle de l'absent est seule à considérer. Il ne peut donc invoquer que les causes de suspension qui lui sont personnelles. Ainsi, par exemple, était-il mineur : la prescription a été suspendue à son profit, nonobstant la majorité de l'envoyé. Etait-il, au contraire, majeur : la minorité de l'envoyé n'a pas arrêté la prescription (2).

VIII. [[**Les envoyés en possession provisoire ont-ils droit aux fruits des biens de l'absent?** — Le code Napoléon contient sur ce sujet la disposition suivante :

Art. 127.—" Ceux qui, par suite de l'envoi provisoire, ou de " l'administration légale, auront joui des biens de l'absent, ne " seront tenus de lui rendre que le cinquième des revenus, s'il " reparaît avant quinze ans révolus depuis le jour de sa dispa- " rition ; et le dixième, s'il ne reparaît qu'après les quinze ans.

" Après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur " appartiendra."

Le motif de cette disposition est un motif d'équité. Dans la rigueur des principes, l'envoyé n'étant qu'administrateur, et la possession qu'on lui accorde n'étant qu'un dépôt, l'envoyé devrait rendre à l'absent tous les fruits qu'il a perçus, moins ses dépenses.

---

leurs, si la possession provisoire devient définitive, l'absent est présumé mort à compter de ses dernières nouvelles (art. 98), et alors il ne peut être question d'interruption de prescription quant à la personne de l'absent.

(1) Dem., t. I, n° 157 *bis* ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 289 ; MM. Demol., n° 139 ; Aubry et Rau, t. I, § 153, note 28.

(2) Demante n'est pas de cet avis. Suivant lui, l'absent peut argumenter des causes de suspension tirées *tant de la personne de l'envoyé que de la sienne propre.* Ainsi, la prescription ne court point contre l'absent, quoique majeur, si l'envoyé est mineur. Et, en effet, dit-il, les envoyés, étant responsables des prescriptions qu'ils laissent acquérir, ne seraient pos protégés par leur minorité, si elle n'empêchait point de courir contre l'absent une prescription dont l'effet devrait, en définitive, tomber sur eux-mêmes (t. I, p. 239). A l'inverse, M. Laurent enseigne que les dépositaires n'étant que des dépositaires ou des administrateurs, c'est toujours la personne de l'absent qu'il faut considérer (t. II, n° 189).

Mais on a compris que l'envoyé, comme tout le monde, ne s'attendrait guère au retour de l'absent, que les biens de ce dernier, il les regarderait déjà comme siens, *bona adhuc aliena, sed tamen jam sua*, suivant l'expression du président Fabre. Plus l'absence se prolongerait et plus l'envoyé se croirait le propriétaire incommutable des biens de l'absent, et réputant le fonds comme sien, il n'hésiterait pas à consommer les fruits de ce fonds en vivant plus largement. On comprend donc que le retour de l'absent après quinze, vingt, vingt-cinq années d'absence serait la ruine de l'envoyé. Forcé de rendre compte non seulement des biens de l'absent, mais des fruits de ces biens, fruits qu'il aurait consommés, il perdrait ses propres biens et se trouverait peut-être sans ressource pour l'avenir. Et l'absent qui a laissé ses biens à l'abandon, les trouverait en état de culture et probablement augmentés en valeur! Ce sont ces motifs d'équité qui ont porté les auteurs du code Napoléon à accorder une forte proportion des fruits aux envoyés.

Ces considérations tirées de l'équité l'ont emporté en France lors de la confection du code Napoléon. Ici nous n'avons pas de disposition semblable et nous restons soumis à la rigueur des principes. Donc, l'envoyé provisoire n'étant qu'un administrateur et l'envoi provisoire qu'un dépôt (art. 96), il en résulte que, dans notre droit, les envoyés en possession provisoire doivent restituer à l'absent, advenant sa réapparition, non seulement les biens, mais encore les fruits de ces biens. Donc, la possession provisoire n'est qu'un dépôt ou un mandat purement gratuit. Il est vrai que le code civil n'énonce pas cette conséquence, mais elle découle de la disposition de l'article 96 qui n'accorde aux envoyés que des pouvoirs d'administration et les rend comptables de cette administration envers l'absent ou ses héritiers ou représentants légaux. D'ailleurs, on n'en a jamais douté dans l'ancien droit. Ainsi, nous lisons dans Bretonnier sur Henrys, t. 2, suite du livre 4, quest. 160, p. 889, ce qui suit : " A l'égard des héritiers présomptifs, après " dix ans l'absent est réputé mort, à l'effet de partager entre eux " ses biens par provision, en baillant caution de rapporter les " fruits en cas de retour." Les rédacteurs du Nouveau Dénizart, v° *Absence*, article II, n° 7, disent qu'au châtelet "l'usage " ordinaire est d'obliger l'héritier à donner caution de restituer les " fonds et les fruits, en cas du retour de l'absent." Et Malville, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil*, tome Ier, p. 126, sur l'article 127 du code Napoléon, qui attribue aux envoyés une portion des fruits de l'absent, dit : " Cet article contient une

" disposition nouvelle ; ceux qui étaient envoyés provisoirement en " possession étaient auparavant comptables de tous les fruits, jus- " qu'à ce que cette possession devînt définitive " *(a).*

L'envoyé en possession se trouve donc, sous ce rapport, dans la même position qu'un *negotiorum gestor.* Il ne reçoit rien comme salaire de son administration. Tout ce qu'il peut réclamer de l'absent, ce sont ses dépenses.

Bien entendu que puisque l'envoyé ne reçoit rien, il a recours contre l'absent pour tous ses déboursés pour la conservation, le soin et la réparation des biens de l'absent ainsi que pour toutes les dépenses que son administration lui a occasionnés (art. 1812). Il peut prendre ces dépenses sur les fruits de ces biens.]]

IX. Des événements qui font cesser l'envoi en possession provisoire. — L'envoi en possession provisoire cesse :

1° *Par le retour de l'absent.* — Les envoyés lui restituent les biens qui lui avaient été confiés, [[ainsi que les fruits de ces biens.]]

2° *Par la réception de ses nouvelles.* — Dès que l'existence de l'absent devient certaine, [[l'envoi en possession provisoire]] cesse de plein droit.

[[C'est la disposition de notre article 100 qui dit que " si l'absent " reparaît, ou si son existence est prouvée, pendant la possession " provisoire, les effets du jugement qui l'a ordonnée cessent." Notre article n'ajoute pas, comme l'article 131 du code Napoléon, que cette cessation se fait sans préjudice des mesures conservatoires prescrites au chapitre 1er de ce titre pour l'administration des biens de l'absent. Est-ce à dire que ces biens resteront sans administrateur ? Je crois que l'article 1043, relativement à la gestion d'affaires, recevra ici son application et que les envoyés en possession provisoire devront continuer leur administration comme gérants d'affaires jusqu'à ce que l'absent soit en position d'y pourvoir lui-même.]]

3° *Par le décès prouvé de l'absent.* — Deux cas sont alors à considérer. Si les envoyés en possession provisoire sont, de même qu'ils l'étaient à l'époque de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, ses héritiers les plus proches à l'époque *connue* de son décès, [[et qu'il n'y ait pas un légataire ou un ayant droit dont le droit prime le leur,]] les biens leur restent *définitivement, irrévocablement.* Dans l'hypothèse contraire, ils doivent les rendre à ceux qui, étant les plus proches parents de l'absent à l'époque

(*a*) Voir aussi le sentiment du juge Loranger sur ce point, 3 R. L., p. 117.

de son décès, [[ou bien des légataires ou autres ayants droit,]] les excluent *(a)*.

4° *Par l'envoi en possession définitif* (art. 98).

[[Bien entendu, quand la possession provisoire prend fin pour les trois causes en premier lieu énumérées ci-dessus, l'envoyé est tenu de rendre compte de son administration à l'absent ou à ses représentants. L'étendue de sa responsabilité se mesure d'après l'inventaire qui a été dressé à son entrée en possession conformément à l'article 97. Quant aux fruits perçus, il doit les remettre à l'absent, déduction faite de tout déboursé, frais de perception, frais de labours et semences. En bon administrateur, il a dû convertir ces fruits en deniers et les placer, mais si les fruits se sont perdus sans qu'il y ait de sa faute, je ne l'en tiendrais pas responsable, car, dans notre droit, son administration est toute entière au bénéfice de l'absent.

CHAPITRE III. — DE LA POSSESSION DÉFINITIVE *(b)*.

I. De la nature de la possession définitive. — Les trois périodes de l'absence sont fondées sur l'incertitude qui plane sur l'existence de l'absent. Dans la première période, la présomption d'absence ou la curatelle aux absents, la présomption de vie domine ; on ne prend donc que des mesures pour pourvoir à l'administration des biens de l'absent. Dans la deuxième période, celle de l'envoi en possession provisoire, il y a lutte entre la présomption de vie et la présomption de mort ; ne voulant se prononcer entre les deux présomptions, la loi accorde aux héritiers présomptifs de l'absent la possession provisoire de ses biens, mais ces derniers doivent donner caution de tout rendre à l'absent,

(*a*) Notre article 99, qui s'applique à la possession provisoire comme à la possession définitive, dit que " nonobstant les présomptions en l'article précédent (l'art. 98, qui parle de la présomption de mort qui entraîne la possession définitive), la succession de l'absent est ouverte, du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers habiles à succéder à cette époque, et ceux qui ont joui des biens de l'absent sont tenus de les restituer."

(*b*) Nous ne disons pas : *L'envoi en possession définitif*, mais *la possession définitive*, parce que, dans notre droit, nul envoi n'est nécessaire. La possession définitive a lieu de plein droit. Si, toutefois, un autre que l'envoyé en possession provisoire avait droit à cette possession, ce droit devrait nécessairement être constaté par un jugement au cas où il serait contesté.

fonds et revenus, s'il revient. Enfin, dans la troisième période, celle de la possession définitive, la présomption de mort domine, les héritiers de l'absent ont la possession définitive de ses biens, sans garantie aucune de restitution, et si l'absent reparaît, il reprend ces biens dans l'état où ils se trouvent. C'est de cette dernière période qu'il va être maintenant question.

L'article 98 dit que " si l'absence a continué pendant trente ans " du jour de la disparition, ou de la dernière nouvelle reçue, ou " s'il s'est écoulé cent ans depuis sa naissance, l'absent est réputé " mort à compter de son départ, ou de la dernière nouvelle reçue; " en conséquence, si la possession provisoire a été accordée, les " cautions sont déchargées, le partage des biens peut être demandé " par les héritiers ou autres y ayant droit, et la possession provi- " soire devient définitive."

Remarquons d'abord que cet article prévoit deux cas: 1° le partage des biens, ou ce qui revient au même, la possession des biens par des ayants droits exclus pendant la possession provisoire *(a)*; 2° la possession provisoire qui devient définitive. Le premier cas exige l'intervention de la justice en cas de contestation. L'autre cas est un effet qui s'opère de plein droit à la suite de l'écoulement des trente années d'absence ou des cent ans de vie.

Il y a des différences assez notables entre notre article et l'article correspondant du code Napoléon, l'art. 129. Ce dernier article compte les trente ans de l'envoi en possession provisoire ou du jour où l'époux présent a pris l'administration des biens de l'absent. De plus, il ne déclare pas que l'absent est réputé mort et il n'accorde pas, comme notre article, la possession définitive de plein droit, mais seulement après demande à cet effet au tribunal de première instance.

Dans notre droit, au contraire, quand il s'est écoulé trente ans à compter de la disparition de l'absent ou de la dernière nouvelle reçue, ou cent ans depuis sa naissance, il y a présomption de mort et alors, de plein droit, les cautions données par l'envoyé provisoire sont déchargées, la possession provisoire devient définitive et le partage des biens peut être demandé par les héritiers et autres y ayant droit.

Ajoutons que si l'absent a laissé un testament, les légataires, qui ne pouvaient réclamer par voie de possession provisoire les biens que ce testament leur lègue, pourront, après l'expi-

---

(*a*) Il est vrai que ce partage peut être demandé par des envoyés provisoires qui ont joui en commun.

ration des trente ans d'absence ou des cent ans de vie, demander le partage des biens ou la distraction de ceux qui leur sont laissés. Ces légataires sont assurément compris dans l'expression "autres y ayant droit" dont se sert l'article 98, et l'absent étant réputé mort, tous les droits qui étaient subordonnés à la condition de son décès, deviennent exécutoires. Il en est de même du donataire dont le droit ne devait ouvrir qu'au décès de l'absent et de l'appelé, non héritier *ab intestat*, d'une substitution dont l'absent était grevé.

II. Des effets de la possession définitive. — Il nous reste à parler des effets de la possession définitive. Son premier effet est de faire]] cesser l'envoi en possession provisoire. Le partage des biens de l'absent peut être demandé par tous les ayants droit; rien ne le suspend plus.

Ce partage, au reste, sera rarement nécessaire : car, dans la plupart des cas, il aura été opéré à la suite de l'envoi provisoire.

La nécessité d'y procéder n'aura lieu que dans les cas suivants :

1° Lorsque les ayants droit ont obtenu [[la possession définitive]] sans passer par l'intermédiaire de l'envoi en possession provisoire *(a)*; ce qui peut arriver [[lorsque les héritiers présomptifs ont préféré attendre l'époque de la possession définitive, ou que les cent ans de vie se sont trouvés écoulés avant le temps où la possession provisoire pouvait être demandé, ou enfin lorsque des héritiers testamentaires ou autres ayants droit viennent exclure les envoyés provisoires.]]

2° Lorsque l'envoi provisoire, ayant été demandé et obtenu, ne l'a été que par quelques-uns des ayants droits :

3° Lorsque les envoyés provisoires n'ont fait qu'un simple partage provisionnel ou de jouissance ;

4° Lorsque [[la possession définitive]] est conférée à des parents autres que ceux qui avaient obtenu l'envoi en possession provisoire.

Toutes les mesures prescrites pendant la seconde période, dans l'intérêt de l'absent et en prévision de son retour, disparaissent. Ainsi, plus de garanties de restitution : 2° plus de [[nécessité de rendre compte des fruits à l'absent]] ; 3° plus de restriction dans les pouvoirs de ceux qui sont nantis de ses biens.

(*a*) Dans ce cas il serait peut-être vrai de dire *envoi* en possession définitive, car n'y ayant pas eu de possession provisoire, il n'y a rien qui puisse devenir définitif. On conçoit dès lors qu'il faille un jugement de la cour pour déclarer, en cas de contestation, que le demandeur a droit à cette possession.

1° *Plus de garanties de restitution.*—Les envoyés en possession définitive n'ont point d'inventaire à faire, ni de caution à donner.

Les cautions qui ont été précédemment données par les envoyés en possession provisoire sont déchargées. Remarquons, à cet égard :

Que leur décharge s'opère de plein droit, sans jugement, par la seule échéance du terme après lequel [[la possession provisoire devient définitive]], et qu'ainsi elle est indépendante [[de toute demande qui pourrait être faite pour cette possession définitive par quelque intéressé.]] Dès lors elle a lieu *avant même* [[*que cette possession définitive*]] *soit demandée.* L'article 98 est formel sur ce point : la décharge des cautions y est, en effet, présentée comme une conséquence, non pas de l'envoi en possession définitif, mais de l'arrivée du terme après lequel il peut être demandé (1).

[[On ajoute, en France, que les cautions sont déchargées non seulement pour l'avenir mais encore pour le passé, et on invoque pour justifier cette solution la prescription de trente ans qui sera acquise, puisqu'en France, on n'accorde la possession définitive que trente ans après la possession provisoire.

Les cautions n'ont pas répondu de tel ou de tel acte, mais de l'obligation qui pesait sur l'envoyé provisoire de rendre compte à l'absent. Pour les décharger de cette obligation on ne peut invoquer la prescription de trente ans dans notre droit, car la possession devient définitive, règle générale, trente ans après la disparition et ainsi vingt-cinq ans après que la possession provisoire a pu être accordée.

Cependant, remarquons que le législateur prononce sans restriction la décharge de la caution et que le principal obligé, l'envoyé provisoire, devenu envoyé définitif, peut, après la possession définitive, consommer les biens dont auparavant il était obligé de rendre compte. D'ailleurs, l'article 101 dit que l'absent, qui reparaît après les trente ans d'absence, recouvre ses biens *dans l'état où ils se trouvent.* Donc, il ne peut chercher querelle à l'envoyé définitif des dégradations que ce dernier a fait subir à ses biens pendant la possession provisoire. La caution ne doit pas être traitée plus rigoureusement que le débiteur principal. Une disposition formelle de la loi prononce sa décharge et le fait sans

(1) Dur., t. I, n° 501 ; Demol., t. I, n° 160 ; Laurent, t. II, n° 229.— *Contrà*, Val., *sur Proud.*, t. I, p. 326. [[On peut ajouter que, dans notre droit, la question ne souffre pas le moindre doute, puisque la possession définitive elle-même a lieu de plein droit.]]

restriction. J'en conclus que la caution est déchargée pour le passé comme pour l'avenir *(a)*.

2° *Plus de nécessité de rendre compte des fruits à l'absent.*— Nous avons vu que, pendant la durée de la possession provisoire, l'envoyé administre uniquement pour le bénéfice de l'absent. Il n'a aucune part dans les profits de cette administration, il ne prend sur les fruits des biens de l'absent que ce qu'il faut pour payer les frais de l'administration, réparations ou autres dépenses, et la différence lui reste entre les mains à titre de dépôt avec l'obligation de la rendre à l'absent s'il revient ou donne de ses nouvelles, ou à ses héritiers si sa mort est prouvée. Mais arrive l'époque de la possession définitive, par le laps d'un jour, puisque cette possession a lieu dans notre droit de plein droit, l'envoyé devient maître de ces fruits accumulés, en fait ce que bon lui semble et si l'absent revient ne lui rend que ce qui lui en reste entre les mains. Il se trouve alors avoir thésaurisé pour lui-même.]]

3° *Plus de restriction dans les pouvoirs des envoyés en possession.* — Il importe ici de déterminer le sens exact du mot *définitif* dont se sert la loi. Pris à la lettre et dans son sens grammatical, ce mot conduirait à dire que les envoyés ont acquis *irrévocablement et à toujours* le patrimoine de l'absent, en d'autres termes, qu'ils ont, *à tout événement*, le droit de conserver les biens qu'ils ont reçus, ce qui exclurait toute idée de restitution ultérieure. Ce n'est pas là pourtant le système qu'a suivi la loi.

Dans le projet du code, l'envoi en possession définitif était, du moins en général, réellement et bien effectivement *définitif*, dans toute la rigueur du mot. Ceux qui l'obtenaient acquéraient sur les biens auxquels il s'appliquait une propriété *incommutable*, c'est-à-dire, non révocable ou sujette à restitution. L'absent de retour n'avait rien à réclamer.

Toutefois, une exception avait été admise. Les enfants de l'absent qui justifiaient de la date de son décès et qui, à cette époque, étaient *mineurs*, avaient droit à la restitution de ses biens : quant à eux, mais quant à eux seulement, l'envoi en possession définitif n'était réellement qu'un envoi *provisoire*. Sous tous les autres rapports, et à l'égard de toutes autres personnes, l'envoi était réellement définitif, c'est-à-dire irrévocable (1).

---

(1) M. Demol., n° 151.

(*a*) Une décharge pour l'avenir ne voudrait rien dire car la caution n'a répondu que pour ce passé. Voyez M. Baudry-Lacantinerie dans ce sens, n° 381.

Ce système a paru trop dur : on l'a rejeté. Nous verrons bientôt que les envoyés en possession définitive pourront avoir à restituer les biens : 1° à l'absent lui-même, s'il revient ; 2° à ses enfants, mineurs ou non ; 3° à ses autres héritiers. Sous ce triple rapport, [[la possession *définitive*]] n'est, en réalité, [[qu'une possession]] *provisoire*.

A quel point de vue est-il donc véritablement *définitif ?* La loi lui attribue ce caractère, dans les rapports de l'envoyé et *des tiers* qui traitent avec lui, en ce sens que tous les droits qu'il consent sur les biens de l'absent sont *irrévocables*, même à l'égard de ce dernier et de ses ayants cause. Je m'explique.

L'envoyé en possession *provisoire* n'est qu'un *dépositaire*, un *administrateur* des biens de l'absent. Le mandat que lui confère son titre d'envoyé est limité aux actes *d'administration ;* les actes *de disposition* sont en dehors de ses pouvoirs. L'absent de retour ou ses ayants cause respectent les premiers ; les seconds sont nuls à leur égard.

Ainsi, les aliénations d'immeubles, les hypothèques ou les servitudes......, constituées par un envoyé en possession provisoire, sont provisoires ou révocables, comme le droit dont il est investi. Les tiers qui traitent avec lui, traitent donc sans sécurité, toutes les fois qu'il dépasse ses pouvoirs d'administrateur : l'absent de retour ou ses ayants cause peuvent les évincer des droits qu'ils ont cru acquérir, tout aussi bien qu'ils pourraient évincer l'envoyé lui-même.

L'envoyé *définitif* a un mandat bien plus étendu. Son pouvoir n'est plus borné aux actes *d'administration ;* il comprend même les actes *de disposition*. Ainsi, il peut valablement aliéner les immeubles, constituer des hypothèques, sans aucune condition ni formalité, comme le ferait un propriétaire absolument maître de ses droits. Les tiers qui traitent avec lui ont une entière sécurité. Aucun danger d'éviction ne les menace. L'absent de retour ne peut point les inquiéter ; tous les actes qui émanent de l'envoyé, son mandataire, l'obligent comme s'il les avait faits lui-même.

En résumé, la possession définitive est *provisoire*, en ce sens que ceux qui l'ont obtenue pourront être obligés de restituer à l'absent ou à ses ayants cause ce qu'ils auront conservé de sa fortune ; *définitif*, en ce sens qu'ils peuvent conférer, en traitant avec les tiers, des droits irrévocables que l'absent lui-même sera tenu de respecter.

Tout ce système se résume en cette formule : L'absent, s'il revient (ou ses ayants cause), recouvre l'universalité de ses biens,

telle qu'elle est dans les mains de l'envoyé au moment de la restitution. Celui-ci n'est tenu envers l'absent que *quatenus locupletior factus est* : sa responsabilité est à couvert dès qu'il ne s'enrichit point à ses dépens. [[Telle est, du reste, la disposition de l'article 101 qui dit : " Si l'absent reparaît, ou si son existence " est prouvée, même après l'expiration des cent années de vie ou " des trente ans d'absence, tel que porté en l'article 98, il recouvre " ses biens dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui ont " été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi de ce prix." *(a)*]] — Parcourons quelques espèces.

L'envoyé a-t-il conservé les biens dont il a eu la possession : l'absent ou ses ayants cause les reprennent en nature, dans l'état où il se trouvent.

Les a-t-il détériorés : sa responsabilité n'est engagée qu'autant qu'il a profité des détériorations, et dans la limite seulement du profit qu'il en a retiré.

Les a-t-il améliorés : on distingue. Aucune indemnité ne lui est due quant aux dépenses *d'entretien* qu'il a faites : elles sont, en effet, la charge des fruits qu'il a perçus et qu'il conserve en totalité. Les *grosses* réparations, au contraire, sont la charge du capital qu'il restitue : l'absent ou ses ayants cause doivent donc lui en tenir compte.

On lui doit même les dépenses qu'il a faites sans nécessité, mais qui ont procuré une plus-value aux biens qu'il restitue : car, s'il est juste qu'il ne retienne rien de la fortune de l'absent, l'équité demande également que celui-ci ne s'enrichisse pas à ses dépens.

S'il a d'un côté détérioré, et de l'autre amélioré les biens, indemnité lui est due, même dans ce cas, jusqu'à concurrence de la plus-value qu'il a produite : car, n'étant point débiteur, c'est-à-dire responsable des détériorations dont il n'a point tiré profit, sa créance des améliorations subsiste intacte : aucune compensation n'est possible, puisqu'il n'existe qu'une seule dette, celle dont l'absent est tenu envers lui (1).

A-t-il fait des échanges : les biens acquis sont subrogés au lieu et place des biens aliénés.

A-t-il fait des ventes : on distingue si le prix est encore dû ou s'il a été payé. Au premier cas, l'absent reprend la créance du prix, au lieu et place du bien qui a été vendu. Au second, la restitution a pour objet l'argent qu'a touché l'envoyé, *s'il est reste*

(1) M. Demol., n° 167.

(a) Cet article est conforme à l'article 132 du code Napoléon.

entre ses mains. Mais s'il l'a employé ? On distingue encore. L'envoyé a pu, en effet, faire l'emploi du prix :

1° *Au nom de l'absent*, en déclarant, par exemple, dans un acte de prêt ou d'acquisition, que l'argent qu'il prête ou qu'il paie provient de la vente d'un bien dont il était propriétaire en qualité d'*envoyé définitif.* Dans ce cas, les chances, bonnes ou mauvaises de l'emploi sont au compte de l'absent. C'est pour lui que les biens nouvellement acquis périssent ou s'améliorent.

2° *En son propre nom*, c'est-à-dire en plaçant le prix qu'il a reçu ou en l'employant à acquérir un bien, *sans indiquer dans l'acte de prêt ou d'acquisition la source de l'argent qu'il a prêté ou payé.* Dans ce cas, les biens nouvellement acquis lui appartiennent ; l'absent ne peut conclure qu'à la restitution *du prix.* L'envoyé n'est même pas tenu de le rendre, s'il prouve que les biens qu'il a acquis en l'employant ont péri. S'ils ont subi des détériorations, il est complètement quitte en les restituant dans l'état où ils se trouvent : car tout ce que la loi exige de lui, c'est qu'il ne s'enrichisse pas aux dépens de l'absent (1).

Enfin, si l'envoyé a fait des *donations* avec les biens de l'absent, celui-ci ne peut rien reprendre aux *donataires*, qui, de même que les acquéreurs à titre onéreux, sont protégés contre toute éviction. Quant à l'envoyé qui a donné les biens, il n'a, du moins en principe, aucune indemnité à payer à l'absent. Il n'est tenu envers lui que *quatenus locupletior factus est ;* or, il n'a tiré aucun profit des *donations* qu'il a faites.

Toutefois, s'il a disposé des biens, soit pour doter l'un de ses enfants, soit pour lui fournir un établissement, on peut dire, dans ce cas, qu'en employant dans ce but la fortune de l'absent, il a gagné la *portion de ses biens personnels qu'il aurait affectée à l'établissement de son enfant.* Ce profit ne doit point lui rester ; il en doit compte. Bien entendu, la somme à restituer doit être calculée en égard, non pas à la valeur des biens dont il a appauvri l'absent, mais au profit qu'il en a lui-même retiré ; or, s'il eût été réduit à ses propres biens, la donation qu'il a faite n'eût certainement pas été aussi considérable. On doit donc, pour déterminer le tarif de l'indemnité dont il est chargé, évaluer approximativement quel eût été, dans cette hypothèse, le chiffre

(1) Dem., t. I, p. 266 ; M. Demol., nos 170, 171 et 175.—[[M. Baudry-Lacantinerie, n° 381,]] Val., *sur Proud.*, t. I, p. 329, enseigne que l'envoyé est tenu du prix lors même qu'il l'a dissipé. Quant à M. Laurent (t. II, n° 236), il nie qu'il puisse jamais y avoir, de la part de l'envoyé, *déclaration de remploi.*

de la donation dont il eût gratifié son enfant. Il n'est tenu, en un mot, que *quatenus propriæ pecuniæ pepercit* (1).

III. Des événements qui peuvent faire cesser la possession définitive. — Deux événements seulement peuvent le faire cesser :

1° *La preuve acquise de l'existence de l'absent ;* [[cela résulte des termes de l'article 101 que j'ai cité plus haut.]]

2° *La preuve acquise de son décès.* [[L'article 99 en effet dit que " nonobstant les présomptions en l'article précédent (celui qui " pourvoit à la possession définitive), la succession de l'absent est " ouverte, du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers " habiles à succéder à cette époque, et ceux qui ont joui des " biens de l'absent sont tenus de les restituer."]]

Dans le premier cas, les envoyés rendent leurs comptes à l'absent lui-même.

Dans le second, ils gardent les biens, à titre de propriétaires incommutables, c'est-à-dire en qualité d'*héritiers* proprement dits ; à moins que d'autres parents de l'absent n'établissent qu'au moment de son décès ils étaient, eux, ses parents les plus proches, et par suite ses véritables héritiers ; auquel cas les biens doivent leur être restitués.

IV. Des personnes qui peuvent exiger des envoyés définitifs la restitution des biens ; des actions qu'elles ont à cet effet et de la durée de ces actions. — Peuvent exiger la restitution :

1° L'absent lui-même, s'il reparaît ou donne de ses nouvelles.

2° Ceux qui, apportant la preuve de son décès, établissent qu'à l'époque de son décès ils étaient ses parents les plus proches, et, par suite, ses héritiers. — Ce droit à la restitution appartient, non seulement aux *descendants*, mais encore aux autres parents, c'est-à-dire aux *ascendants* et aux *collatéraux* de l'absent. L'article 99, en effet, ne distingue pas. La règle est générale : la succession, ouverte *par le décès* de l'absent, y est déclarée ouverte au profit de *ses héritiers* les plus proches à cette époque.

Cette solution a été contestée.

" L'article 99, a-t-on dit, règle le cas où la restitution est exigée *pendant l'envoi en possession provisoire ;* les articles 101 et 102 règlent l'hypothèse contraire, celle où la restitution est demandée *après l'envoi en possession définitif (a).*

(1) Dur., t. I, n° 506 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 330 ; Dem., p. 267 ; MM. Demol., n° 157 ; Laurent, t. II, n° 237. [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 381.]]

(*a*) Mourlon refère à l'article 130 du code Napoléon auquel correspond notre article 99. Je ne vois rien dans le texte de notre article 99 qui autorise cette conclusion. Au contraire, cet article refère à

" L'article 99 est général, cela est vrai : pendant l'envoi en possession provisoire, le parent *quel qu'il soit*, qui établit qu'il était, à l'époque du décès de l'absent, son parent le plus proche, a droit à la restitution des biens.

" Les articles 101 et 102, au contraire, ne sont plus conçus en termes généraux. Après l'envoi en possession définitif, le droit à la restitution des biens s'ouvre au profit de l'absent qui reparaît, ou de ses *descendants ;* or, *qui dicit de uno negat de altero :* donc les parents, autres que les *descendants*, de l'absent, n'ont jamais droit, *après l'envoi définitif*, à la restitution des biens " (1).

Une raison décisive a fait rejeter ce système. L'article 130 [[du code Napoléon, qui correspond à notre article 99,]] dans sa première rédaction, le consacrait explicitement : il y était dit, en effet, que le décès de l'absent n'ouvrirait sa succession au profit de ses parents les plus proches lors de ce décès, qu'autant que la preuve en serait apportée *pendant l'envoi en possession provisoire ;* or, ces derniers mots ont été retranchés. Leur suppression montre clairement la pensée de la loi : la règle consacrée par l'article 130 [[C. N.]], qui, dans l'origine, ne s'appliquait qu'à *l'envoi en possession provisoire*, a été, dans la rédaction définitive, généralisée et rendue commune à tous le cas (2) *(a).*

Toutefois, nous verrons tout à l'heure que l'article 102 accorde aux *descendants* de l'absent un privilège dont ne jouissent pas ses *ascendants* ou ses *collatéraux*.

3° Ceux qui, à l'époque de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles, étaient plus ou aussi proches parents que ceux qui ont obtenu la possession définitive.

Remarquons que, dans cette dernière hypothèse, la possession définitive ne cesse point ; elle est alors *remplacée* par [[la pos-

---

l'article 98 qui parle de la possession définitive. L'article 130 du code Napoléon, en parlant de la réserve de la portion des fruits que le droit français accorde aux envoyés, peut, cependant, justifier cette interprétation. L'article 100 de notre code, qui correspond à l'article 131 du code Napoléon, traite de l'effet de la réapparition de l'absent ou de la preuve de son existence pendant la possession provisoire.

(1) Maleville, sur l'article 130 ; Zachariæ, § 157 *a*.

(2) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 336 ; Dur., t. I, n° 530 ; Dem., t. I, n° 171 *bis*, II ; MM. Demol., n° 192 ; Aubry et Rau, t. I, § 157, note 15 : Laurent, t. II, n° 242.

(a) Notre article 99 est encore plus formel. Il dit " nonobstant les " présomptions de (mort) en l'article précédent," ce qui, ainsi que je l'ai dit, paraît le rattacher surtout à l'hypothèse de la possession définitive. Il est certain, cependant, que sa disposition s'appliquerait également, et *a fortiori*, à la possession provisoire.

session d'un]] autre, ou *partagé*, suivant que ceux qui se présentent, sont héritiers *à l'exclusion* des envoyés actuels ou *conjointement* avec eux.

L'absent de retour a, pour réclamer la restitution de ses biens, une véritable action *en revendication*.

[[Cette action est prescriptible, dans notre droit, par trente ans à compter du retour de l'absent (art. 2203). Ainsi, si l'absent revient et laisse passer trente ans sans revendiquer ses biens, il perdra ses droits.]]

Les parents quels qu'ils soient, descendants, ascendants ou collatéraux, qui établissent qu'*au moment du décès de l'absent* ils étaient ses parents les plus proches, demandent la restitution des biens par une véritable *pétition d'hérédité*.

Cette action est *prescriptible* par trente ans, conformément au droit commun (art. 2242).

La prescription ne court point contre une action qui n'est pas encore ouverte ; l'action en pétition d'hérédité ne s'ouvre que par le décès de l'absent : ce n'est donc qu'à partir de cette époque, au plus tôt, que la prescription peut courir contre elle.

La prescription dont il s'agit, étant *acquisitive*, ne peut commencer qu'avec la possession des biens : car la possession est le fondement de toute prescription acquisitive (art. 2193).

Nous arrivons donc nécessairement à ce résultat que l'action en pétition de l'hérédité de l'absent n'est prescriptible qu'autant que deux conditions concourent : décès de l'absent, et envoi en possession de ses biens au profit d'un autre que le véritable ayant droit.

[[Remarquons, cependant, que nous avons, dans notre droit, une disposition spéciale quant à la prescription qui peut être acquise par les envoyés en possession à l'encontre, soit de l'absent, soit de ses héritiers au jour de son décès. C'est celle de l'article 2203 qui dit que "l'envoyé en possession définitive ne commence " à prescrire contre l'absent, ses héritiers ou ses représentants " légaux, qu'à son retour ou à son décès connu ou légalement pré- " sumé" *(a)*. Il n'est pas question ici des envoyés provisoires, car, dans les deux cas de l'article 2203, l'envoi provisoire aura cessé d'exister. Quant l'absent revient ou que son décès est connu, c'est-à-dire notoire *(b)*, la possession provisoire prend fin ; quand

(*a*) Je ne crois pas que la prescription puisse courir contre l'absent lui-même avant son retour, bien que sa mort ait été présumée.

(*b*) Telle me paraît être l'interprétation à donner à ce mot, car la publicité est l'un des éléments de la prescription.

ce décès est légalement présumé, la possession provisoire est devenue définitive (art. 98). Il est donc clair que l'envoyé provisoire ne peut jamais prescrire comme tel, car il possède pour autrui et avec reconnaissance d'un domaine supérieur ; il ne commence à prescrire que lorsqu'il a perdu cette qualité et qu'il est devenu, dans un cas, envoyé définitif et dans l'autre possesseur à titre de propriétaire.]]

Les trente ans après lesquels [[l'action en pétition d'hérédité]] est prescrite courent donc du jour du décès [[connu ou légalement présumé]] de l'absent, si l'envoi en possession est antérieur à cette époque, ou, dans l'hypothèse contraire, du jour de l'envoi.

Peu importe, au reste, que l'envoi soit *définitif* ou simplement *provisoire*. Les envoyés en possession provisoire ne sont, en effet, dépositaires ou simples détenteurs précaires que dans leurs rapports avec l'absent ou ceux qui le représentent. Relativement à toutes autres personnes, et, par conséquent, relativement à ceux de ses parents qui étaient ses véritables héritiers au jour de son décès, ils possèdent *animo domini*, pour eux-mêmes, avec l'intention de s'approprier et de conserver les biens qu'ils détiennent (1) *(a)*.

Les parents qui établissent qu'ils étaient *au moment de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles*, ses héritiers présomptifs, à l'exclusion de ceux qui ont été envoyés en possession de ses biens, ou conjointement avec eux, peuvent réclamer [[la possession de ces]] biens, non plus en qualité d'héritiers véritables et par une action en pétition d'hérédité proprement dite, laquelle suppose prouvé le décès de l'absent, ce qui n'a pas lieu dans l'espèce, mais en qualité d'héritiers présomptifs et par une action en pétition de la *possession* de l'hérédité *(b)*.

---

(1) Dem., t. I, p. 271 et 279 ; Dur., t. I, p. 531 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 333 ; M. Demol., n° 193. –Suivant M. Laurent (t. II, n° 244), il s'agit ici d'une prescription extinctive : l'action des héritiers doit être intentée dans les trente ans à partir de l'ouverture de la succession, *par application de l'art.* 789 C. N. [[Nous n'avons pas d'article correspondant dans notre droit.]]

(*a*) Je laisse ce passage parce qu'il peut faire comprendre la différence qui sépare le droit français de notre droit sur ce point. La prescription contre l'action en répétition d'hérédité ne peut jamais courir pendant l'envoi provisoire dans notre droit, car, pour prescrire, il faut que le décès de l'absent soit *connu* ou *légalement présumé*, et alors la possession provisoire aura forcément pris fin.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie (n[os] 384-386) rend ces distinctions claires. Il y a, dit-il, d'un côté *l'action en pétition d'hérédité* et, de l'autre. *l'action en pétition de possession d'hérédité.* La première est celle qu'exerce celui qui était le plus proche héritier au décès de l'absent : dans ce

Cette action, de même que la pétition d'hérédité, se prescrit par trente ans.

Les trente ans courent, lorsqu'elle appartient à des *ascendants* ou à des *collatéraux* de l'absent, *du jour de l'envoi en possession* PROVISOIRE.

Mais, par un privilège spécial, ils ne commencent à courir, quand elle appartient *à ses descendants*, que du jour [[*ou la possession provisoire est devenue* DÉFINITIVE]] (1) ; ce qui peut porter jusqu'à soixante ans le temps pendant lequel leur action peut être utilement exercée.

Ce délai de trente ans, jusqu'à l'expiration duquel les descendants peuvent agir, même après [[que la possession provisoire est devenue définitive,]] est-il suspendu *pendant leur minorité*, conformément au droit commun de la prescription ?

La négative est soutenue. "Ce délai, dit-on, n'est point qualifié de *prescription* par l'article 102 : les règles qui régissent la prescription ne lui sont donc pas applicables. C'est un délai fixe, que rien ne peut augmenter ; autrement, la propriété des biens de l'absent pourrait rester indéfiniment incertaine, ce qui n'est pas dans l'esprit du code" (2).

L'affirmative me semble mieux fondée.

L'article 102 porte que l'action sera recevable pendant les trente ans qui suivent [[l'époque où la possession provisoire est devenue définitive]] ; qu'après ce délai, elle ne le sera plus : ne sont-ce pas là les caractères de la prescription proprement dite ? Le mot *prescription* n'est pas, il est vrai, écrit dans le texte même de notre article ; mais les rédacteurs du code l'ont plusieurs

---

cas, le demandeur se dit propriétaire des biens et il doit prouver la mort de l'absent. Dans l'action en pétition de possession d'hérédité, au contraire, le demandeur ne réclame que la possession des biens ; il n'est appelé à prouver qu'une chose, sa qualité d'héritier présomptif lors de la disparition de l'absent, soit à l'exclusion de celui qui a obtenu la possession provisoire, soit conjointement avec lui. La première action se prescrit par trente ans à compter, dans notre droit, du décès de l'absent ou de sa mort présumée aux termes de l'article 98 ; la seconde, par trente ans du jour de l'envoi provisoire.

(1) Art. 101. " Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, " même après l'expiration des cent années de vie ou des trente ans " d'absence, tel que porté en l'article 98, il recouvre ses biens dans " l'état où ils se trouvent...."

Art. 102. " Les enfants et descendants directs de l'absent peuvent " également, *dans les trente ans à compter de l'époque où la possession provisoire est devenue* DÉFINITIVE, demander la restitution de " ses biens, comme il est dit en l'article précédent."

[[Remarquons que, dans le cas de l'article 102, il n'est pas nécessaire de prouver la mort de l'absent. Cette mort, du reste, est présumée (art. 98).]]

(2) Dur., t. I, n° 513 ; Marc., sur l'art. 133 C. N.

fois répété dans leurs *exposés de motifs* (1). Peu importe d'ailleurs le mot, si la chose existe. Enfin, on ne comprendrait pas que la loi, en accordant aux descendants une faveur spéciale, les eût, en même temps, privés d'un bénéfice du droit commun (*a*). —Ce bénéfice tiendra, dit-on, la propriété indéfiniment incertaine ! La réponse à cette objection est bien simple. La propriété, dans l'espèce, n'est pas le moins du monde incertaine : car, l'envoyé définitif étant *propriétaire incommutable* dans ses rapports avec les tiers, ceux-ci ne peuvent être inquiétés ni par l'absent ni par ses descendants. Cette prétendue incertitude de la propriété ne prouverait rien d'ailleurs, alors même qu'elle serait vraie, puisque c'est le résultat ordinaire de la théorie générale de la suspension des prescriptions pour cause de minorité ou d'interdiction (2).

CHAPITRE IV. — DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX DROITS ÉVENTUELS QUI PEUVENT COMPÉTER A L'ABSENT.

I. Nature de ces droits. — Les règles que nous avons étudiées, [[la curatelle aux absents, l'envoi en possession provisoire et la possession définitive,]] se réfèrent *aux biens que l'absent possédait au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.*

La loi s'occupe ici *des biens ou des droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent.* Nous verrons tout à l'heure combien sont grandes les différences qu'elle établit entre ces deux classes de biens : sachons donc les distinguer et les reconnaître.

La première, la classe *des biens que l'absent possédait au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles*, comprend tous les droits qu'il avait acquis antérieurement à cette époque, c'est-à-dire les droits purs et simples ou à terme, qui, s'étant ouverts dans sa personne, formaient alors son patrimoine.

Il y faut même comprendre les droits conditionnels nés *d'un contrat :* car ces droits quoique fort imparfaits, bien inférieurs aux droits purs et simples ou à terme, comptent *dès à présent*

---

(1) Voy. Fenet, t. VIII, p. 461 et 473.

(2) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 335 ; MM. Demol., n° 185 : Aubry et Rau, t. I, § 157, note 12. [[Voir dans ce sens, M. Baudry-Lacantinerie, n° 387.]]

(*a*) On peut, dans notre droit, tirer argument de la disposition de l'article 2203 que nous avons citée plus haut.

dans notre patrimoine. Nous pouvons, en effet, en disposer, les céder ou les vendre, et, à notre mort, ils passent, de même que nos droits purs et simples ou à terme, à nos héritiers, quels qu'ils soient.

La seconde, la classe des droits *éventuels*, comprend ceux qui ne s'ouvrent au profit de la personne qui est appelée à en profiter *qu'autant qu'elle est encore vivante au moment où s'accomplit l'événement*, je veux dire *la condition qui doit leur donner naissance ;* en d'autres termes, les droits dont l'acquisition est subordonnée *à l'existence de la personne qui est appelée à les recueillir*. Tels sont, par exemple :

1° Le droit de succéder : car, pour recueillir une succession, il faut être vivant au moment où elle s'ouvre (art. 608) ;

2° Le droit de recueillir un legs : le légataire, en effet, ne l'acquiert qu'autant qu'il survit au testateur (art. 900). Remarquons même que, si le legs est *conditionnel*, il ne suffit pas, pour que le légataire l'acquière, qu'il survive au testateur ; il faut de plus qu'il existe encore au moment où la condition se réalise (art. 901). Le droit à un *legs* conditionnel, à la différence du droit conditionnel, né d'un *contrat*, reste donc parmi les droits *éventuels*.

3° Le droit de *retour*, c'est-à-dire le droit qu'a stipulé un donateur de reprendre la chose donnée *s'il survit au donataire* (art. 779).

Lorsque le fait qui amène l'ouverture d'un droit jusqu'alors éventuel arrive *pendant l'absence* de la personne qui est appelée à le recueillir, quel est, relativement à ce droit, l'effet de l'absence ? l'absent est-il réputé *mort* ou est-il réputé *vivant ?* Telle est la question prévue et réglée en ces termes par l'article 104 : "Quiconque réclame un droit échu à un absent doit prouver que cet " absent existait quand le droit a été ouvert ; à défaut de cette " preuve, il est déclaré non recevable dans sa demande."

Cette disposition n'est, au reste, que l'application de la théorie des preuves.

Quiconque réclame un droit doit prouver l'accomplissement de la condition à laquelle est subordonnée son acquisition. Tout demandeur qui ne fait pas la preuve du droit qu'il réclame n'est pas écouté : en justice, on n'obtient que ce que l'on prouve (art. 1203).

Supposons donc que les créanciers ou les héritiers présomptifs d'une personne *absente* réclament, *en son nom*, un droit éventuel qui s'est ouvert *pendant son absence :* que devraient-ils faire

pour réussir ? Établir que l'absent, au nom duquel ils se présentent, *existait au moment où s'est ouvert le droit qu'ils réclament !* Or, cette preuve, ils ne la font pas : car l'absence constitue précisément *l'incertitude* de la vie, et le *doute* n'est pas une preuve.

Ainsi, ils ne sont point écoutés : l'absent est réputé mort quant au droit éventuel qui s'est ouvert à son profit. Mais ce droit qu'il est réputé n'avoir pas acquis, et qui, par suite, n'est pas compris parmi les *biens qu'il possédait au jour de sa disparition* ou *de ses dernières nouvelles*, que devient-il ? Il est attribué *provisoirement*, non pas aux héritiers présomptifs de l'absent, mais à ceux qui l'acquerraient *définitivement* si l'absent était réellement mort au moment où il s'est ouvert ; en d'autres termes, à ceux auxquels l'existence de l'absent, si elle était prouvée, ferait obstacle.

II. Cas d'une succession. — La loi fait elle-même l'application de ce système à un cas spécial. Les créanciers ou les héritiers présomptifs d'une personne absente viennent, de son chef, réclamer une succession qui, selon leur dire, s'est ouverte à son profit : leur demande est-elle recevable ? Oui, s'ils prouvent que la succession qu'ils réclament au nom de l'absent s'est ouverte *avant* sa disparition ou ses dernières nouvelles, c'est-à-dire à une époque où son existence était certaine ; non, dans le cas contraire. [[C'est la disposition de l'article 105 qui se lit comme suit : " S'il s'ouvre une " succession à laquelle soit appelé un absent, elle est dévolue " exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de con- " courir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut" *(a)*.]]

La succession qu'ils n'obtiennent pas faute de prouver l'accomplissement de la condition à laquelle est subordonnée son acquisition, c'est-à-dire l'existence de l'absent lors de son ouverture, est alors dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de l'acquérir ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.

III. Représentation. — On a sur ce cas soulevé la question de savoir si, dans les successions qui admettent le principe de la représentation, un absent peut être *représenté* par ses enfants. Paul meurt laissant un frère qui est présent et les enfants d'un autre frère qui est absent : le frère présent succède-t-il seul, à l'exclusion de ses neveux ? Ceux-ci, au contraire, n'ont-ils pas le droit de concourir avec lui, par représentation de leur père ?

(*a*) Dans la cause de *Lawlor v. Lawlor et al. & Pyke* (R. J. Q., 2 C. S., p. 532), on a écarté d'un partage l'héritier présomptif d'un absent (dans l'espèce, son neveu) qui prétendait y concourir pour la part de l'absent.

Proudhon a soutenu que l'absent ne peut pas être représenté. En effet, dit-il, on ne représente que les personnes *décédées* avant le *de cujus :* l'article 624 est formel sur ce point. Or, rien ne prouve que l'absent soit décédé à l'époque de l'ouverture de la succession...... Donc (etc.).

Ce système est universellement rejeté. L'absent ne peut pas être, relativement au même objet et entre les mêmes personnes, réputé tout à la fois *mort* et *vivant*, mort à l'effet de l'exclure de la succession, vivant à l'effet de le rendre incapable d'être représenté par ses enfants : ces deux présomptions étant contradictoires et exclusives l'une de l'autre, la loi n'a pu les admettre cumulativement. Elle n'en admet qu'une seule, la présomption du décès. Si, en effet, elle le présumait vivant, c'est à ses propres héritiers qu'elle conficrait la possession provisoire ou définitive de la succession ; or, ce n'est pas ce qu'elle fait : elle l'attribue à ceux auxquels l'existence de l'absent, si elle était prouvée, ferait obstacle. Elle le suppose donc décédé, puisqu'elle admet provisoirement les effets que son décès produirait réellement s'il était prouvé !

Sa pensée bien évidente est celle-ci : lorsqu'une personne désignée par la loi pour succéder est absente au moment de l'ouverture de la succession, il faut, la considérant comme morte à cette époque, appliquer les règles ordinaires des successions, et par conséquent la représentation, s'il y a lieu. Autrement, il ne serait plus vrai de dire, comme le fait en termes exprès notre article 105, que la succession ouverte au profit d'un absent est *dévolue à ceux. . . . qui l'auraient recueillie à son défaut* (1).

Les articles 104 et 105 s'appliquent à tous ceux [[qui sont *absents*, par conséquent à tous ceux qui ayant eu un domicile dans le Bas-Canada, ont disparu sans que l'on ait aucune nouvelle de leur existence.]]

Ces articles sont, au contraire, étrangers aux *non-présents*. Ainsi, lorsqu'une succession s'ouvre au profit d'une personne qui n'est pas actuellement à son domicile, mais dont l'existence n'est pas sérieusement incertaine, soit parce que son absence est toute récente, soit parce qu'elle s'explique par des motifs dont la nature écarte la supposition raisonnable de son décès, ses co-héritiers, ou ceux qui seraient appelés à son défaut si son existence était *incertaine*, ne l'excluent point ; elle succède concurremment avec eux ou à leur exclusion. Des mesures conservatoires sont même prescrites par la loi dans son intérêt (voy. l'art. 693 C. C.).

(1) Val., *sur Proudhon*, t. I, p. 353 ; Demol., n° 209 ; Aubry et Rau. t. I, § 158, p. 630, note 3.

Toutefois, si, depuis l'ouverture de la succession, l'héritier non présent est, à cause de la prolongation de son silence, constitué plus tard en état de déclaration d'absence, ses cohéritiers ou ceux qui sont appelés à son défaut sont alors admis au bénéfice de l'article 105 : car l'incertitude que le défaut de ses nouvelles fait peser sur son existence remonte au jour de sa disparition.

Au reste, il est bien entendu que les cohéritiers de l'absent peuvent, dans tous les cas, tenir son existence pour certaine. Mais cette renonciation volontaire au bénéfice de l'article 104 n'est que *provisoire*, c'est-à-dire subordonnée à cette condition sous-entendue, que l'absent reviendra ou donnera de ses nouvelles assez à temps pour empêcher la déclaration de son absence : ils peuvent donc, lorsque cette condition vient à défaillir, réclamer les biens qu'ils n'avaient abandonnés que dans la supposition de son existence.

IV. Différences entre les droits éventuels et les biens délaissés par l'absent.—Il nous reste à signaler les différences que la loi a établies entre les biens que l'absent possédait au jour de sa disparition, et les droits éventuels qui s'ouvrent à son profit pendant son absence.

1° Pendant la première période [[la curatelle aux absents]], la loi ne confie à personne la possession des biens que l'absent possédait au jour de sa disparition. Lorsqu'ils sont en souffrance, la justice y pourvoit, sur la réquisition des parties intéressées. Ce n'est qu'après que son absence a duré un certain temps, après enquête et publication, qu'on les confie, sous le titre d'*envoi en possession provisoire*, à ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition. Cet envoi n'a pas lieu de plein droit ; il doit être demandé, et ne s'obtient qu'en vertu d'un jugement.

Il n'en est pas de même des droits éventuels qui s'ouvrent au profit de l'absent depuis sa disparition : ceux qui sont appelés à les recueillir à son défaut en sont investis *de plein droit, immédiatement, sans enquête ni publication.*

2° Les envoyés en possession provisoire sont soumis à certaines conditions prescrites dans l'intérêt de l'absent et en prévision de son retour : ainsi ils donnent caution, ils inventorient le mobilier...

La loi, au contraire, ne prescrit aucune mesure conservatoire des droits éventuels qui se sont ouvert au profit de l'absent depuis sa disparition : ceux qui en sont provisoirement investis en son lieu et place ne sont soumis ni à l'obligation de donner caution, ni à la formalité de l'inventaire. La loi a peut-être manqué de prévoyance à cet égard, mais elle est formelle.

3° Les envoyés en *possession provisoire* des biens que l'absent

possédait au jour de sa disparition les détiennent, non pas en leur propre nom, comme biens à eux appartenant, mais au nom et pour le compte de l'absent dont ils ne sont que les *dépositaires* : aussi ne peuvent-ils point les prescrire par quelque laps de temps que ce soit : l'absent de retour, si longue qu'ait été son absence, eût-elle duré plus de trente ou quarante ans, peut toujours en exiger la restitution.

Ceux qui obtiennent, au défaut de l'absent, les droits éventuels ouverts à son profit depuis sa disparition, les possèdent, au contraire, en leur propre nom, pour leur compte personnel, en qualité de propriétaires, comme biens à eux appartenant. Aussi peuvent-ils en acquérir la propriété par la prescription, conformément au droit commun. L'article 106 le dit formellement, en ces termes : " Les dispositions des deux articles précédents ont " lieu sans préjudice des actions *en pétition d'hérédité* et *d'autres* " *droits*, lesquelles compètent à l'absent ou à ses héritiers et " représentants légaux, et ne s'éteignent que *par le laps de* " *temps établi pour la prescription*."

Ainsi, les droits éventuels ouverts au profit de l'absent sont dévolus à ceux qui sont appelés à les recueillir à son défaut (art. 104 et 105). Mais la dévolution ou attribution dont il s'agit n'est que provisoire : ceux qui l'obtiennent sont propriétaires sous la condition résolutoire du retour de l'absent. Du reste, cette condition résolutoire ne s'accomplit qu'autant que l'absent revient avant le temps établi pour la prescription. En d'autres termes, la loi lui réserve, contre qui de droit et pour le cas de son retour, la *pétition de l'hérédité* (art. 105) ou *des autres droits* (art. 106) qui se sont ouverts à son profit pendant son absence ; mais ce droit de pétition ou de revendication est, comme tout autre, sujet à prescription : l'absent doit donc, sous peine de déchéance, l'exercer en temps utile.

La loi pose ici le principe de la prescription, sans fixer le temps par lequel elle s'accomplit ; la loi s'en réfère, à cet égard, au droit commun de la prescription. Sa durée sera donc plus ou moins longue, suivant la nature des droits réclamés. Ainsi, par exemple, elle sera de trente ans quant à la pétition d'une hérédité (art. 2242). Cinq ans suffiront, au contraire, quant aux arrérages d'une rente dont l'absent de retour réclamera le payement (art. 2250).

4° Les envoyés en possession des biens que l'absent possédait au moment de sa disparition, ne retiennent pour eux, lorsqu'ils restituent les biens qu'ils ont administrés, [[*aucune portion*]] des fruits qu'ils ont perçus.

Ceux, au contraire, qui ont recueilli, à défaut de l'absent, la *succession* ou *tout autre droit* qui, pendant son absence, s'est ouvert à son profit, conservent la totalité des fruits qu'ils ont perçus de bonne foi. [[C'est la disposition de l'article 107 qui dit que " tant que l'absent ne se représente pas, ou que les actions " ne sont pas exercées de son chef, ceux qui ont recueilli la " succession gagnent les fruits par eux perçus de bonne foi."]]

J'ai dit : qui ont recueilli la succession ou *tout autre droit*..... Cependant l'article 107 vise uniquement l'hypothèse *d'une succession* échue à l'absent et recueillie, à son défaut, par un autre. Mais, en prévoyant spécialement le cas particulier d'une succession, la loi n'a pas entendu déroger, quant aux autres cas, à cette règle du droit commun : le possesseur de bonne foi gagne pour lui les fruits qu'il reçoit (art. 411). La loi a simplement voulu prévenir un doute qu'aurait pu faire naître l'autorité du droit romain. Suivant un sénatus-consulte d'Adrien (1), le possesseur *d'une succession* devait, en même temps qu'il la restituait, rendre les fruits qu'il en avait retirés, et qu'il possédait encore ou dont il avait profité en les consommant. De là la règle célèbre : toute universalité s'augmente de tout ce qu'elle produit : *fructus augent hereditatem*.

Notre code, au contraire, assimile au possesseur *d'un objet particulier* le possesseur *d'une succession*. La bonne foi, a-t-on pensé, est tout aussi digne de faveur chez l'un que chez l'autre.

V. Aliénations par l'héritier apparent. — La loi a gardé le silence sur un point fort important : elle ne s'explique pas sur les pouvoirs de ceux qui ont recueilli, au lieu et place de l'absent, les droits éventuels qui lui sont échus en son absence. De là la célèbre question, tant de fois débattue, et aujourd'hui même si vivement controversée : les actes *d'administration* et *de disposition* faits par ceux qui ont recueilli une succession ouverte au profit de l'absent lui sont-ils opposables, lorsqu'il revient et qu'il se fait restituer la succession ? Plus spécialement, les aliénations et les hypothèques consenties par un héritier apparent sont-elles valables à l'égard de l'héritier véritable qui a fait reconnaître son droit?

La jurisprudence admet l'affirmative. J'ai, dans mon deuxième volume (n°s 201 et 202), critiqué cette doctrine, et montré combien sont peu concluants les motifs au moyen desquels on s'efforce de la justifier. Cependant deux hommes éminents dans la science, MM. Demolombe (n°s 250 et s.) et Demante (n° 176 *bis*, vi-

(1) L. 20, §§ 6 et suiv., D., *De heredit. petit.* (V. III).

VIII) (1), lui ont prêté l'appui de leur autorité. Ils reconnaissent bien que les arguments mis en avant par la jurisprudence ne sont rien moins que décisifs ; mais une raison nouvelle, qui avait échappé à la pratique, les détermine en faveur du système qu'elle suit. Voici, en peu de mots, cette raison nouvelle :

La succession ouverte au profit de l'absent est *dévolue* à ceux qui sont appelés à la recueillir à son défaut (art. 105). C'est la loi qui les investit elle-même, qui les appelle à succéder en leur propre nom. Elle leur concède la possession de la succession *avec tous les caractères et les attributs de la propriété.*

Or, leur reconnaître une vocation propre et personnelle à la succession, et la leur conférer à titre d'héritiers, c'est implicitement leur donner le droit de l'administrer, non pas seulement avec les pouvoirs d'un simple administrateur, mais *en qualité de propriétaires*, et dans toute l'étendue des pouvoirs que ce titre comporte, c'est, en un mot, les constituer *mandataires* de l'absent *cum libera administratione*, c'est-à-dire avec la liberté de faire *tout ce qu'ils jugent à propos.*

Donc tous les actes qui émanent d'eux sont réputés émanés de l'absent lui-même.

Toutefois, cette théorie reçoit un triple tempérament.

1° Si ceux qui ont succédé à la place de l'absent ont aliéné, non pas tel ou tel objet de la succession, mais la succession elle-même, le *jus hereditarium*, cette aliénation n'oblige pas l'absent : car, en livrant à un tiers l'universalité qu'ils étaient chargés de gérer, ils ont abdiqué leur mandat au lieu de l'exercer (2).

2° S'ils ont aliéné *à titre gratuit* même des objets individuels de la succession, cette aliénation, de même que la précédente, n'est pas opposable à l'absent ; et, en effet, le mandat d'administrer, si étendu qu'on le suppose, ne comprend pas le pouvoir de faire des *libéralités* (3).

---

(1) Dans le même sens, MM. Aubry et Rau, t. VI, § 616, note 32.

(2) Ainsi, celui qui achète l'ensemble de tous les biens, *l'entier*, est moins protégé que celui qui achète une *unité de l'entier !* S'il achète un à un, séparément, tous les biens de l'absent, la vente est valable ; s'il achète en une seule fois l'hérédité qui les comprend tous, la vente est nulle ! Cette distinction est-elle logique ?

(3) Demante maintient la donation lorsqu'elle contient pour le donateur l'obligation de garantie. L'héritier apparent ne doit point, en effet, être constitué en perte par le fait de l'absent ; or, c'est précisément ce qui arriverait si l'absent ne respectait pas la donation : l'éviction qu'il ferait subir au donataire réagirait contre le donateur lui-même. — Mais ne peut-on pas répondre que, dans l'espèce, l'héritier apparent qui a fait la donation souffre, non pas par le fait de l'absent qui évince le donataire, mais par son propre fait, par sa faute, c'est-à-dire par *la violation de son mandat ?*

3° Les aliénations, même à titre onéreux, sont nulles à l'égard de l'absent, lorsque les tiers au profit desquels elles ont été consenties connaissaient son existence : ce n'est pas, en effet, dans l'intérêt des tiers de mauvaise foi que la loi a organisé le mandat qu'elle confie à ceux qui, provisoirement, prennent la place de l'absent.

Cette argumentation, quoique séduisante, ne m'a pas convaincu. L'*aliénation* d'un bien n'est valable qu'autant qu'elle est consentie par le propriétaire lui-même, ou, ce qui revient au même, par une personne munie d'un mandat à cet effet ; peu importe, au reste, que ce mandat soit conventionnel, judiciaire ou légal. Ce point est incontesté et incontestable.

Dans l'espèce, l'aliénation n'émane point du propriétaire lui-même.

L'héritier apparent qui l'a consentie avait-il ou non mandat à cet effet ? Voilà ce qu'il faut chercher.

Or, qui le lui a donné, ce mandat ? L'absent ? personne ne le soutient. La justice ? tout s'est passé sans son intervention. La loi ? examinons !

Lorsque la loi confie à une personne le droit d'en représenter une autre, elle a le soin de s'expliquer formellement (voy. les art. 101, 290, 1145 et 1728). En principe donc, le mandat *légal* n'est jamais *tacite ;* on ne le crée point par induction. Cela est surtout vrai du mandat *cum libera administratione*, c'est-à-dire du pouvoir extraordinaire accordé à une personne de *faire tout ce qu'elle juge à propos*. La loi l'accorde aux envoyés en possession définitifs des biens de l'absent (art. 101) ; mais le concède-t-elle également à ceux qui ont recueilli, à son défaut, la succession qui s'est ouverte à son profit ? Quel texte le contient ? aucun ! On prétend l'induire de l'article 105 ; mais un tel mandat, je le répète, ne s'induit point : il est écrit dans la loi ou il n'existe pas. Est-il bien vrai d'ailleurs que l'article 105 le renferme implicitement ? Rien n'est moins démontré. Cet article n'est que l'application du droit commun. Ceux qui réclament, du chef d'une personne absente, une succession ouverte à son profit depuis son absence, ne l'obtiennent pas, parce qu'ils ne prouvent point qu'elle l'a acquise. Telle est la première partie de l'article. Y voit-on poindre l'idée d'un pouvoir quelconque ?

L'article ajoute que cette succession est dévolue à ceux qui sont appelés à la recueillir au défaut de l'absent. Cette autre idée, qui est la conséquence de la première, contient-elle donc, plus que celle-ci, le principe d'un mandat ? La loi constate un

fait, et rien de plus. Elle reconnaît *provisoirement* pour héritiers ceux qui sont appelés à défaut de l'absent; mais assurément cette reconnaissance n'implique pas l'attribution du droit de disposer *irrévocablement* des biens sur lesquels elle ne leur accorde qu'une propriété *révocable* (art. 106). Est-ce donc de principe que ceux qui sont propriétaires *sous condition résolutoire* sont tacitement autorisés à consentir, sur les biens qu'ils administrent, des droits purs et simples, définitifs, irrévocables ? Le principe contraire est partout écrit dans notre droit (voy. notamment les art. 1088, 1547 et 2038).

Enfin, si je ne me trompe, l'article 106 contient la preuve évidente que ceux qui succèdent provisoirement au lieu et place de l'absent ne le représentent point. Ce texte, en effet, leur accorde le droit d'acquérir *par la prescription* les biens qu'ils détiennent; or, personne, que je sache, ne soutiendra qu'un mandataire puisse, par la prescription, acquérir les biens qu'il administre! Le droit de prescrire les biens d'un patrimoine appartenant à autrui et le pouvoir de l'administrer en maître s'excluent réciproquement. La loi admet formellement le premier : donc elle rejette le second (1).

[[M. Baudry-Lacantinerie, t. 1er, no 393, s'exprime dans le même sens. " L'héritier apparent ", dit-il, " était propriétaire : la " loi lui attribue implicitement ce titre dans l'article 136 (C. N., " 105 de notre code). Mais il n'était propriétaire que sous con- " dition résolutoire, sous cette condition résolutoire que l'exis- " tence du véritable ayant droit lors de l'ouverture de la succession " serait plus tard démontrée ; car la loi n'attribue la succession " ouverte au profit de l'absent à ceux appelés à son défaut, que " sous la réserve de ses droits. Or c'est un principe certain que

(1) Un moyen existe pour l'héritier apparent de faire des aliénations définitives et opposables à l'absent lui-même : ce moyen, je le trouve dans la théorie générale de la gestion d'affaires. Qu'il aliène tant au nom de l'absent qu'en son propre nom! et, pourvu que l'aliénation soit nécessaire, ou même simplement utile, chacune des parties qu'elle intéresse sera tenue de la respecter (voy. les art. 1043 et 1046).

Mais, dira-t-on, l'héritier apparent ne trouvera pas d'acquéreur : car les tiers seront peu enclins à entrer dans des opérations dont la validité, en définitive, n'est pas sûre, puisque l'absent est admis à la méconnaître, lorsqu'il établit qu'elles n'ont pas été faites selon son intérêt.—On peut parer à cet inconvénient, en demandant à la justice l'autorisation de passer à l'opération projetée : la question d'utilité se trouvant ainsi jugée à l'avance, l'absent de retour ne sera pas admis à la poser de nouveau, ce qui assurera l'irrévocabilité de la convention faite en cette forme. Ce mode de procéder trouve sa justification dans la disposition de l'art. 2039, dont nous avons fait l'application aux envoyés en possession provisoire.

" personne ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a, *nemo* " *plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.* Donc " l'héritier apparent, qui n'était propriétaire que sous condition " résolutoire, n'a pu transférer que des droits résolubles et l'évé- " nement qui produirait la résolution de son droit de propriété " entraînera nécessairement par voie de conséquence la résolution " des droits qu'il aura lui-même consentis sur les choses hérédi- " taires, conformément à la maxime *Resoluto jure dantis resol-* " *vitur jus accipientis.*"

Je puis ajouter que cette question était controversée sous l'ancien droit (voir ce qu'en dit Demolombe, t. 2, nº 243). Cependant, je ne crois pas qu'on puisse réfuter les arguments invoqués par les partisans de la nullité des actes. Le dissentiment provient de ce qu'on appelle *les nécessités de la pratique,* car quand l'acquéreur a été de bonne foi, il semble rigoureux et dur de l'évincer au nom d'une personne à qui la loi défendait de déférer l'héritage. Pour cette raison Demolombe croit que l'opinion des opposants finira par prévaloir. Le sentiment de Mourlon et de M. Baudry-Lacantinerie, je le répète, me paraît, malgré sa rigueur, plus conforme aux principes du droit.

CHAPITRE V. — DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE.

I. Le conjoint présent peut-il se remarier pendant l'absence ? — Le mariage n'étant, dans notre droit civil, dissous que par la mort de l'un des conjoints, il était logique de déclarer, comme le fait l'article 108, que les présomptions fondées sur l'absence, quelle qu'en soit la durée, ne sont pas applicables au cas du mariage et que l'époux de l'absent ne peut jamais contracter un nouveau mariage sans rapporter la preuve certaine du décès de son époux absent.

En France, on reconnaît bien ce principe, mais l'article 139 du code Napoléon dit que l'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même, ou par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence.

Cette distinction, qui n'entache le second mariage que d'une nullité relative, n'existe pas dans notre droit, car les codificateurs n'ont pas voulu adopter le principe de l'article 139 C. N. On serait donc tenté de conclure qu'ici un semblable mariage serait frappé de nullité absolue.

Mais, malgré les termes si formels de l'article 108 et le refus des codificateurs de reproduire l'article 139 du code Napoléon, je crois qu'il faut s'en rapporter aux termes de l'article 118 du code civil. Cet article dit qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Donc, avant de prononcer la nullité du mariage contracté par le conjoint, il faudra prouver que cet absent existait au moment de ce mariage. Il ne suffirait pas de démontrer qu'il plane un doute sur son existence, car si l'absent était réellement mort au moment du second mariage, ce mariage sera valable malgré ce doute. Donc, la nullité de ce mariage est conditionnelle. L'on doit en conclure que l'absence constitue actuellement un empêchement prohibitif, qui justifie les fonctionnaires de l'état civil de refuser leur ministère à un semblable mariage, et que cet empêchement prohibitif est conditionnellement dirimant, c'est-à-dire que le mariage sera considéré avoir toujours été nul si l'on apprend que l'absent existait quand il a été contracté.

Telle était la doctrine des anciens auteurs. D'Aguesseau s'exprime en ces termes sur cette question, de même que sur la preuve qu'on doit apporter de l'existence de l'absent.

" Quoiqu'il n'y ait point d'obstacle plus invincible que celui " d'un premier mariage, l'on ne doit pourtant pas prononcer la " nullité du second engagement, jusqu'à ce qu'il soit absolument " certain que le premier mari était vivant dans le temps du second " mariage ; jusque là on oblige ceux qui ont été mariés dans cet " état d'incertitude, à demeurer séparément, et l'on ne prononce " pas la dissolution de leur mariage qui demeure en suspens. " Mais quelles doivent être les preuves de l'existence du premier " mari ? La loi n'en reçoit que trois : les titres, les témoins, les " indices indubitables et plus clairs que le jour. Il est difficile " que de ces trois preuves la seconde puisse être suffisante par " elle-même pour dissoudre un mariage, puisqu'afin que le témoin " pût déposer certainement de l'existence du premier mari, il " serait presque nécessaire qu'il ne l'eût point quitté depuis le " premier moment de son absence jusqu'au jour qu'il dépose.

" A l'égard des indices, il est difficile de concevoir qu'ils pussent " former une preuve assez forte pour prononcer un jugement " définitif ; il faut donc recourir nécessairement aux titres authen- " tiques. C'est par cette seule voie qu'on peut parvenir à la " preuve d'un fait si important ; car nous ne mettons point au " nombre des preuves le retour et la représentation du mari, " puisque c'est le fait même qu'il s'agit de prouver."

Les auteurs du Nouveau Dénizart, v° *Absence du mari ou de la femme*, article 1er, n° 2 et suiv., reproduisent, en y concourant, le passage que je viens de citer. Ajoutons que dans une cause très récente, *Harvey v. Young* (R. J. Q., 4 C. S., p. 446), le juge Jetté a décidé, ce qui du reste est élémentaire, que celui qui demande la nullité d'un mariage se fondant sur l'existence d'un mariage antérieur, doit fournir la preuve de la célébration de ce premier mariage et de l'existence du premier époux.

Donc, si le conjoint de l'absent se remarie sans avoir la preuve certaine de la mort de ce dernier, la validité de ce mariage restera en suspens et ceux qui voudraient l'attaquer doivent justifier de l'existence de l'absent. Du reste, l'action en nullité compète à tous ceux qui y ont intérêt et pas seulement à l'absent, car la nullité, quand la condition est réalisée, est radicale.

II. De la preuve du décès de l'absent.— Mais qu'entend-on par la *preuve certaine* de la mort de l'absent que le conjoint doit fournir avant de contracter un nouveau mariage ? On était unanime à décider, dans l'ancien droit, que cette preuve n'était pas nécessairement une preuve écrite ; on admettait la preuve testimoniale dans le cas où le conjoint n'avait pu se procurer une preuve écrite. Cela revientà dire qu'on doit rapporter la meilleure preuve possible de la mort de l'absent. Ainsi, l'absent est-il décédé dans un endroit où l'on tient des registres de sépulture, par exemple en France, on doit produire un extrait du registre, à moins qu'on ne fasse voir que le registre en question a été perdu ou que l'acte de sépulture n'y a point été inséré (voy., du reste, l'art. 51).

En pratique, cependant, on s'est montré assez facile sur le genre de preuve qui peut autoriser le conjoint de l'absent à contracter un second mariage. Ainsi, dans la cause de *Morin v. La corporation des Pilotes* (8 Q. L. R., p. 222), le juge Casault a regardé comme étant de bonne foi une femme qui avait convolé en secondes noces après avoir reçu une lettre dans laquelle on l'informait de la mort de son mari absent. Egalement, dans la cause de *McKercher v. Mercier* (M. L. R., 4 S. C., p. 333), le juge Davidson a déclaré valide un mariage contracté par la femme d'un absent sur l'information reçue d'un ouvrier, qui travaillait dans la même boutique que l'absent, que ce dernier s'était noyé.

Du reste, quelles que soient les nouvelles qu'on ait pu recevoir de la mort de l'absent, si ce dernier était réellement vivant à l'époque du second mariage, ce mariage se trouvera avoir été nul *ab initio*, seulement, vu la bonne foi des parties, il aura produit

des effets civils, et les enfants qui en sont nés seront légitimes. En un mot, ce sera ce que les auteurs appellent un *mariage putatif* et les dispositions de l'article 163 lui seront applicables.

Il faut décider de même que si le conjoint de l'absent a de mauvaise foi contracté un second mariage sans avoir eu aucune nouvelle de la mort de ce dernier, et que l'on découvre ensuite que l'absent était réellement mort quand ce second mariage a été contracté, la nouvelle union sera valide, car l'empêchement qu'on croyait réellement exister n'avait de fait aucune existence.

III. De l'effet de l'absence sur la communauté. — Mais si le mariage n'est jamais dissous par l'absence, quelque prolongée qu'elle soit, il n'en est pas ainsi des conventions matrimoniales consenties par les époux. Ici le doute qui entoure l'existence de l'absent produit tout son effet.

En France, cependant, aux termes de l'article 124 du code Napoléon, l'époux commun en biens peut opter pour la continuation ou la dissolution de la communauté ; les héritiers présomptifs de l'époux absent ne peuvent demander cette dissolution, tout est laissé au choix du conjoint de l'absent.

Ici, au contraire, soit les héritiers présomptifs de l'absent, soit l'époux présent commun en biens peuvent demander la dissolution de la communauté. L'article 109 de notre code dit que " si " les conjoints sont communs en biens, la communauté est dis- " soute provisoirement du jour de la demande à cette fin par les " héritiers présomptifs, après le temps requis pour se faire envoyer " en possession des biens de l'absent, ou à compter de l'action " que le conjoint présent porte contre eux au même effet ; et dans " ces cas il peut être procédé à la liquidation et au partage des " biens de la communauté, à la demande de l'époux présent, des " envoyés en possession ou de tous autres intéressés."

Cet article soulève des questions très graves. On n'y parle que de la communauté et de l'époux commun en biens, et là semble devoir se borner son application. Or, il y a quatre espèces de conventions matrimoniales. Il a d'abord la *communauté légale* qui existe indépendamment de tout contrat de mariage et aussi quand on ne l'a pas spécialement ou implicitement exclue (articles 1270-71). En deuxième lieu, il y a la *communauté conventionnelle* que les conjoints stipulent par leur contrat de mariage ; elle est de plusieurs sortes (articles 1384-1414). Il existe un troisième régime qu'on appelle *l'exclusion de la communauté* où chacun des époux garde la propriété de ses biens meubles et immeubles, mais le mari a le droit de jouir de ces biens afin de

soutenir les charges du mariage (articles 1416-1421). Enfin, il y a la *séparation de biens* qui donne à la femme la propriété et l'administration de tous ses biens (articles 1422-1425).

IV. Les autres régimes ne sont pas affectés. — Or l'article 109 dit qu'à la demande des héritiers présomptifs ou de l'époux présent, la communauté est dissoute provisoirement. Cette disposition peut s'appliquer à la communauté conventionnelle comme à la communauté légale. Mais il est évident qu'elle n'affecte pas les autres régimes qui peuvent exister entre époux *(a)*.

V. Du cas de conventions stipulant exclusion de la communauté. — Le seul régime qui peut donner lieu à quelque difficulté, c'est celui de l'exclusion de la communauté. Suivant ce régime, le mari a l'administration et la jouissance des biens tant meubles qu'immeubles de sa femme. Donc, si la femme est absente, le contrat de mariage stipulant exclusion de la communauté n'étant pas affecté par l'absence, comme il l'aurait été si on avait stipulé communauté, le mari continuera à jouir des biens tant meubles qu'immeubles de sa femme et les héritiers de cette dernière n'en pourront pas demander l'envoi en possession. Cette solution n'est pas admise en France, mais là il y a un article spécial, l'article 123 C.N., qui dit que lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire... tous ceux qui avaient sur les biens de l'absent des droits surbordonnés à la condition de son décès, pourront les exercer provisoirement. Ici, rien de tel, nous n'avons que la disposition de l'article 93, qui donne aux héritiers présomptifs de l'absent au jour de son départ, c'est-à-dire de sa disparition, la possession provisoire de ses biens, ce qui ne s'entend que des biens que possédait l'absent lors de sa disparition. Or lors de sa disparition, la femme n'avait que la nue propriété de ses biens, son mari en avait l'usufruit. Cet usufruit ne pouvait cesser qu'à la dissolution du mariage, ou au cas de la séparation soit de corps, soit de biens seulement (art. 1417). La femme n'ayant que cette nue propriété, ses héritiers présomptifs ne peuvent demander la cessation de la jouissance du mari, qu'à la condition de prouver la dissolution du mariage.

Dans notre droit, l'envoi en possession provisoire ne fait naître aucune présomption de la mort de l'absent, je l'ai dit ci-

(*a*) On décide, en France, que les dispositions de l'article 124 s'appliquent à la communauté conventionnelle, bien que cet article, comme notre article 109, ne mentionne que la communauté. Du reste, cette interprétation est rendue certaine par les termes de notre article 110 qui parle des conventions des conjoints subordonnés à la dissolution de leur communauté.

dessus *(a)*, il constate seulement un état de doute sur son existence, or ce doute ne suffit pas pour dépouiller le mari présent de ses droits acquis. On peut également tirer argument des termes de l'article 109 qui ne dissout que la communauté et laisse par conséquent intactes les autres conventions matrimoniales. L'article 110 n'est pas contraire à cette interprétation de la loi, car il ne se rapporte qu'au seul cas de la communauté, et, de plus, ne statue que dans l'hypothèse de l'article 109 qui, lui, ne parle que de ce régime. Je décide la même chose quant à l'usufruitier dont l'usufruit doit cesser à la mort d'un tiers absent, ou quant au créancier d'une rente viagère constituée sur la tête de cet absent ; il faudra prouver cette mort pour que l'on puisse réclamer la cessation de l'usufruit ou de cette rente. Bien entendu que tout ce que je viens de dire ne se rapporte qu'à l'époque de l'envoi en possession provisoire ; la possession définitive étant fondée sur la présomption légale de la mort de l'absent amène la cessation de l'usufruit du mari ou du tiers, de la rente ou des autres droits dont la durée dépend de l'existence de l'absent.

VI. Des effets de la dissolution de la communauté et du temps auquel elle peut être demandée. — Il me reste à préciser les effets de la dissolution de la communauté aux termes de l'article 109.

Et d'abord cette dissolution, comme le dit l'article 109, n'est que provisoire. C'est-à-dire que l'époux présent et les héritiers présomptifs de l'époux absent sont envoyés en possession des biens qui leur écherraient si la communauté avait été définitivement dissoute par la mort de l'un des conjoints ou la séparation de biens. Il est procédé, dit l'article, à la liquidation et au partage des biens de la communauté.

La liquidation et le partage des biens n'est que provisoire comme la dissolution de la communauté elle-même. Donc on y procédera de manière à partager ces biens tout en les conservant, car, si l'absent revient, tout doit être remis dans le même état, sauf ce qui aurait pu être vendu à la poursuite des créanciers de l'absent. Cependant, si l'absent ne revient jamais ou ne donne jamais de ses nouvelles, ce partage deviendra définitif et les intéressés pourront demander la licitation des biens dont ils ont joui en commun faute de pouvoir les partager.

On remarquera que, tandis que l'époux présent ou les envoyés en possession provisoire peuvent seuls demander la dissolution de la communauté, tout intéressé peut en exiger le partage. Par

---

(a) *Supra*, pp. 271-272.

des termes si généraux, on comprend les créanciers de l'absent ou de l'époux présent, mais l'intérêt de ces créanciers ne s'étend, dans ce cas, qu'à la conservation des biens, afin qu'ils puissent poursuivre les envoyés (article 103), et exécuter leur jugement sur les biens ainsi partagés. Ce partage, bien entendu, se fait entre le conjoint présent et l'autre conjoint.

Enfin, dernière remarque. Il suffit que les envoyés provisoires demandent la dissolution, le conjoint présent, au contraire, doit procéder par action. Le législateur a-t-il réellement voulu faire cette distinction ? Il me paraît clair que, d'un côté, la *demande* des héritiers présomptifs peut se transformer en *action*, si on refuse de l'accueillir, tandis que l'*action* du conjoint présent peut être rendue inutile par l'acquiescement à sa *demande* par les héritiers présomptifs.

La loi fixe le temps auquel la dissolution de la communauté peut être demandée. Elle est dissoute, dit l'article 109, du jour de la demande à cette fin par les héritiers présomptifs, *après le temps requis pour se faire envoyer en possession des biens de l'absent.* Il s'agit évidemment de l'époque de la possession provisoire. L'article ajoute : " ou à compter de l'action que le conjoint présent porte contre eux au même effet." Il n'est question ici, que d'une époque subséquente à la possession provisoire, puisque l'action du conjoint présent doit être portée contre les héritiers présomptifs.

L'article 110 complète la pensée du législateur en déclarant qu'" au cas de l'article précédent, les conventions et droits des con-" joints subordonnés à la dissolution de leur communauté, devien-" nent exécutoires et exigibles."

" La règle posée par cet article," disent les codificateurs, " est " à l'effet de décider la question de droit controversée, de savoir si " la dissolution de la communauté qui arrive par une autre cause " que la mort naturelle, donne ouverture aux gains de survie, " même au cas où il en a été convenu ainsi. Les commissaires " sont d'avis que cette convention est valable et doit être exécu-" tée, et partant les droits de survie sont exigibles à la dissolution " de la communauté, par quelque cause qu'elle arrive, si telle a " été la convention des parties."

La disposition de l'article 110 étant destinée à mettre fin à toute controverse, a été rédigée en termes généraux et s'applique à tous les gains de survie sans exception. Ainsi elle comprend le préciput conventionnel et le douaire soit coutumier, soit préfix.

VII. Garanties de restitution. Cautionnement. — Mais puisque tout cela n'est que provisoire, et qu'au retour de l'absent, tout doit être remis au premier état, la loi exige des garanties de restitution. Toutefois ces garanties ne sont exigées que de la femme. L'article 111 porte que "si c'est le mari qui est absent, la femme peut se " faire mettre en possession de tous les gains et avantages matri- " moniaux lui résultant de la loi ou de son contrat de mariage ; " mais à la condition de fournir bonne et suffisante caution de " rendre compte et de rapporter, au cas de retour, tout ce qu'elle " aura ainsi reçu."

Mais l'article 111 ne mentionne que la femme comme étant tenue de fournir caution de rendre compte et de rapporter les biens qu'elle aura reçus. Est-ce à dire que le mari est exempt de cette obligation ?

Je crois qu'il faut distinguer. Si le contrat de mariage a assuré au mari, en cas de survie, quelque avantage particulier, comme par exemple des propriétés, ou leurs revenus, qui appartiennent à la femme et qui ne vont ni pour le capital ni pour la jouissance dans la communauté, alors il y a, à l'égard de ces propriétés, un envoi en possession provisoire. Il paraîtrait donc juste, puisque le mari doit rendre ces biens à sa femme au cas de retour, et que, comme tout envoyé, il est tenu de remettre tous les revenus de ces biens, qu'il soit soumis à la même obligation que les autres envoyés de fournir caution pour l'administration de ces biens qui lui sont ainsi attribués par voie extraordinaire. Cela, bien entendu, ne peut arriver que dans le cas de la communauté conventionnelle.

Mais il en serait autrement dans le cas de la communauté légale. Là, tout ce que le mari obtiendra par la dissolution provisoire de la communauté, c'est une part des biens qui en dépendent. On comprend donc que la dissolution provisoire de la communauté lui est plus nuisible qu'avantageuse. Il était déjà administrateur de toute la communauté, et sa dissolution le privera de la moitié de ses biens ; il avait la jouissance des biens propres de sa femme, et désormais ces biens seront attribués aux héritiers présomptifs de sa femme absente. Puisqu'il jouissait du tout sans donner de caution, on peut bien le dispenser de l'obligation d'en fournir une maintenant que sa jouissance est réduite de plus de la moitié. Du reste, il s'agit de la communauté dont il est le chef et s'il fallait rendre les biens qui la composent, il n'aurait qu'à les rendre à lui-même. On voit donc qu'imposer au mari l'obligation de donner caution serait juridiquement absurde.

Donc, la femme présente, suivant le langage de l'article 111, ne peut se faire mettre en possession de tous les gains et avantages matrimoniaux lui résultant de la loi ou de son contrat de mariage, qu'à la condition de fournir bonne et suffisante caution de rendre compte et de rapporter, au cas de retour, tout ce qu'elle aura ainsi reçu.

VIII. A quelle époque remonte la dissolution ? — On peut demander, puisqu'il s'agit de la liquidation et du partage des biens de la communauté, à quelle époque on doit remonter pour faire cette liquidation et ce partage. L'article 109 dit que la communauté est dissoute provisoirement "*du jour de la demande à cette fin.*" S'il fallait prendre cette disposition au pied de la lettre, il faudrait comprendre dans cette liquidation les biens qui y seraient tombés depuis la disparition de l'absent ou ses dernières nouvelles. Je ne crois pas que ce soit là l'intention du législateur. Comment en effet peut-on inclure ces biens dans la communauté quand l'on ne sait si le conjoint absent vivait lorsqu'ils ont été acquis et, partant, si la communauté existait encore ? Je crois qu'il faut remonter, pour faire le partage des biens de la communauté, au jour de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles.

Cela est conforme aux principes du droit en matière d'absence, car le législateur n'accorde aux envoyés la possession que des biens que l'absent possédait au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Cette décision pourra entraîner, pour le mari présent, l'inconvénient d'être obligé de rapporter les biens de la communauté dont il a disposé depuis la disparition de sa femme, mais cet inconvénient n'est pas plus grand que celui dont il souffre quant, à la demande des héritiers présomptifs, il voit se dissoudre une communauté dont la jouissance et l'administration pouvaient lui être très profitables.

Mais puisqu'il ne s'agit que d'une liquidation et d'un partage provisoires, on ne pourra effectuer ce partage qu'en conservant les biens, donc on ne pourra pas les liciter ou les vendre s'ils ne sont pas susceptibles de partage en nature. On compensera le tout au moyen de soultes ou de paiements annuels.

IX. Des gains et avantages matrimoniaux. — L'article 111 parle des "gains et avantages matrimonioux". Je crois que, par ces mots, il faut entendre non seulement les droits de survie et autres, dont il est question à l'article 110, mais, en outre, tout ce que la femme reçoit en vertu de la dissolution de la communauté, aux termes de l'article 109. Elle doit rendre tout cela, mais son cau-

tionnement ne s'étendrait qu'à ces biens et ne se rapporterait pas à ses propres dont elle pouvait avoir déjà la jouissance.

L'attribution aux conjoints de leurs gains et droits matrimoniaux est, en effet, de la nature d'un envoi en possession provisoire de ces biens, et elle tombe sous le coup des autres conditions qui règlent cet envoi. Donc, outre le cautionnement, qui n'est exigé que de la femme, obligation pour le conjoint et pour les héritiers présomptifs de faire inventaire du mobilier et des titres de l'absent, de faire visiter les immeubles afin d'en constater l'état, et, au retour de l'absent, de remettre tout dans le même état.

En parlant de cette obligation des époux de fournir caution, nous n'avons pas eu à nous occuper des héritiers présomptifs du conjoint absent qui sont envoyés en possession provisoire de la part de ce dernier dans les biens de la communauté et des gains de survie ou autres droits matrimoniaux auxquels il peut avoir droit. Il est clair à l'égard de ces envoyés,—soit qu'ils représentent le mari, soit qu'ils représentent la femme,—qu'il ne peut y avoir de question. Leur obligation de donner un cautionnement est écrite à l'article 93. Les biens qu'ils reçoivent comptent dans l'envoi provisoire qui leur est accordé.

X. Des fruits des biens provenant de la dissolution. — Que décider maintenant relativement aux fruits des biens qui sont attribués au conjoint présent. Il n'y a pas de difficulté quant à la femme présente. En vertu de la loi, elle n'avait aucun droit actuel aux biens de la communauté ou à leurs revenus. Et voilà qu'on lui confie provisoirement la moitié de ces biens ainsi que ses droits de survie, douaire, préciput et autres, souvent très considérables. Elle les reçoit à titre d'envoi en possession provisoire, elle donne caution, dit l'article 111, de rendre compte et de rapporter, au cas de retour, *tout ce qu'elle aura ainsi reçu.* Il me paraît clair que, puisqu'elle doit rendre compte, ses pouvoirs ne sont que ceux d'un administrateur. Cette administration comme celle des envoyés provisoires est gratuite. Donc, sauf le cas d'une pension alimentaire, elle doit rapporter non seulement les biens qu'elle a reçus, mais aussi les fruits de ces biens.

La solution n'est pas aussi facile dans le cas du mari. Je crois, toutefois, qu'il y a lieu de faire la même distinction que tout à l'heure, quand nous nous demandions si le mari devait fournir caution. S'agit-il de quelque gain de survie, de quelque propriété de sa femme, dont la communauté n'avait pas la jouissance et qui ne devait lui être attribué qu'advenant la mort de sa femme, je crois que le mari devra rapporter les fruits per-

cus. Au contraire, dans le cas de la communauté légale, le mari ne recevant que des biens dont il jouissait déjà, perdant même la moitié des biens dont il retirait les revenus comme chef de la communauté, il serait injuste de le forcer de rapporter des fruits qu auraient été siens si la communauté n'avait pas été dissoute et qu lui auraient également appartenu si la dissolution, au lieu d'être provisoire, avait été définitive. Du reste, de deux choses l'une, ou bien l'envoi en possession provisoire cesse par le retour de l'absent et alors la communauté reprenant force, il se trouve que le mari a été privé, par l'absence, de la jouissance de la moitié des biens de la communauté que lui donnait la loi, ou bien l'envoi cesse parcequ'on a reçu la nouvelle de la mort de la femme, et alors le mari était, dès cette mort, propriétaire de cette moitié et les fruits lui en appartiennent.

XI. Quand cessent les effets de la dissolution. — Quand cessent les effets de la dissolution provisoire de la communauté ? Evidemment, comme dans le cas de la possession provisoire, cette dissolution prend fin lors de la mort prouvée de l'absent, à son retour ou lorsqu'on apporte la preuve de son existence, enfin à l'époque de la possession définitive. Dans ce dernier cas, la possession de l'époux présent et celle des héritiers présomptifs de l'absent deviennent définitives.

XII. De l'envoi en possession du conjoint présent faute d'héritiers présomptifs. — L'époux présent a un autre droit, mais il ne peut l'exercer qu'autant que l'absent n'a pas laissé d'héritiers présomptifs. C'est alors une espèce de succession irrégulière qui s'ouvre ; comme il n'y a aucun héritier qui puisse demander l'envoi en possession provisoire, la loi accorde cette possession, comme elle confère la succession du défunt qui ne laisse point d'héritiers, au conjoint présent. Telle est, en effet, la disposition de l'article 112 qui dit que " si l'époux absent n'a pas de parents habiles à lui succéder, " l'autre époux peut demander la possession provisoire des biens." Il ne s'agit ici que des biens de cet époux absent et on peut y compter sa part dans la communauté qui existait entre lui et son conjoint et qui, faute d'héritiers présomptifs, est attribuée, par la voie de l'envoi en possession provisoire, au conjoint présent. Cet envoi en possession extraordinaire est, du reste, soumis aux règles qui gouvernent l'envoi ordinaire. Donc, mêmes garanties de restitution, même obligation de rendre compte des fruits perçus, même procédure à suivre pour obtenir l'envoi. Il semblerait, à première vue, y avoir quelque difficulté quant à la part de l'époux absent dans la communauté de biens, car on ne peut dire que

l'époux absent possédait cette part lors de sa disparition. Mais puisqu'aux termes de l'article 109, la communauté est dissoute provisoirement du jour de la demande à cette fin, et que, suivant mon interprétation de cet article on doit, pour faire le partage de la communauté, remonter au jour de la disparition ou des dernières nouvelles,—car on ne peut dire que des biens acquis après cette disparition ou ces dernières nouvelles soient tombés dans la communauté contractée avec une personne qui était peut-être alors morte, — je crois qu'on doit compter, parmi les biens dont l'époux présent obtiendra la possession provisoire, la part de communauté de l'époux absent, telle qu'elle existait lors de la disparition ou des dernières nouvelles. Naturellement je suppose,—et je ne comprends pas qu'il en soit autrement,—que cette dissolution sera demandée par le conjoint présent en même temps que l'envoi en possession provisoire.

CHAPITRE VI. — DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DU PÈRE QUI A DISPARU.

Dans les chapitres qui précèdent il a été exclusivement question des biens de l'absent et de la position dans laquelle se trouve son conjoint. Il s'agit maintenant des enfants, non pas de toute personne absent, mais d'un père absent. Ainsi, pas de disposition quant aux enfants de la mère absente, car l'autorité paternelle est l'apanage du père. Si c'est ce dernier qui est absent, il est naturel que la mère exerce cette autorité. Donc, l'article 113 énonce un principe qui ne souffre aucune difficulté en disant que " si le père a disparu, laissant des enfants mineurs " issus d'un commun mariage, la mère en a la surveillance et elle " exerce tous les droits du mari, quant à leur personne et à l'administration de leurs biens, jusqu'à ce qu'il y ait un tuteur."

La loi ne définit pas les droits du père quant à l'administration des biens de ses enfants. C'est une question qui trouvera sa place sous le titre *de la Minorité* et *de la Puissance Paternelle*. Mais tous les droits de ce père, quels qu'ils soient, passent à sa femme, à la condition que les enfants en question soient issus du mariage de cette femme avec l'absent. Si ce sont les enfants du père avec une première femme, sa femme actuelle ne succède à aucuns de ses droits de surveillance ou d'administration.

Remarquons également qu'il n'est pas nécessaire que l'absence

soit *déclarée*, la loi ne met qu'une condition, la *disparition* du père.

Mais si la mère est incapable d'exercer cette administration, les droits des enfants ne doivent pas rester en souffrance. Aux termes de l'article 114, "après la disparition du père, si la mère est " décédée ou incapable d'administrer les biens, il peut être nommé " aux mineurs un tuteur provisoire ou permanent."

Comme le dit l'article 114, il ne s'agit ici que de *l'administration* des biens des enfants et non de la *surveillance* dont les enfants ont besoin. Mais si la mère ne peut voir à cette surveillance, le tuteur devant prendre soin de la personne du mineur (art. 290), il va sans dire qu'il pourra l'exercer.

Remarquons également que le tuteur pourra être nommé provisoirement, c'est-à-dire tant que dure l'absence ou l'incapacité de la mère. C'est le seul cas où l'on parle d'un tuteur provisoire dans notre code. Il ne faudrait pas confondre ce tuteur avec le tuteur *ad hoc*, dont les pouvoirs sont bornés à certains actes et à certaines circonstances.]]

TITRE CINQUIEME

DU MARIAGE

Le mariage est un contrat solennel par lequel deux personnes de sexe différent se promettent mutuellement la fidélité dans l'amour, la communion dans le bonheur, l'assistance dans l'infortune.

M. Portalis et, après lui, tous les auteurs le définissent : " La société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce ; pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée " (1).

— On peut reconnaître, par cette définition du mariage, que, si *la procréation des enfants* en est la fin principale, elle n'en est pas le but essentiel, unique. La loi y voit encore une société de secours et d'assistance *(a)*.

C'est ce qui explique pourquoi la vieillesse la plus avancée ne fait pas obstacle au mariage : ainsi, un vieillard de quatre-vingt-dix ans, bien qu'inhabile à la procréation des enfants, peut légitimement se marier. — La loi tolère même les mariages *in extremis*, bien qu'aux approches de la mort, l'œuvre de la génération soit impossible La Déclaration de 1639 les avait prohibés.

---

(1) Cette définition pèche en deux points : 1° elle ne distingue point suffisamment le concubinage du mariage ; 2° elle présente la vie comme un *poids*, comme un *fardeau*, en sorte qu'il semble que l'homme n'a été créé qu'en vue du malheur. C'est le germe d'un système philosophique aussi faux qu'il est dangereux. C'est, dans tous les cas, une injustice envers Dieu, dont les bontés pour l'homme ont été infinies. — Comp. M. Laurent, t. II, n° 260.

(*a*) Ces définitions sont incomplètes ; elles n'indiquent pas l'indissolubilité qui est l'un des traits caractéristiques du mariage. Le juge Loranger, dans ses *Commentaires sur le code civil*, tome 2, p. 4 et suivantes, donne plusieurs définitions du mariage empruntées aux théologiens et au droit romain. La définition de St Thomas, *Summa, quaest.* 44, *art.* 3, peut être citée pour combler la lacune du code civil qui ne définit pas le contrat dont il est question en ce titre : "*Matrimonium est quædam indissolubilis maritalis conjuctio, inter legitimas personas, individuam vitæ consuetudinem retinens.*" La communauté d'habitation est de la nature du mariage, pourtant les tribunaux peuvent autoriser la séparation de corps, mais le mariage lui-même reste indissoluble. Ajoutons que pour les catholiques le mariage est un sacrement.

On appréhendait les surprises et machinations qui pouvaient être pratiquées pour arracher à la faiblesse ou à la maladie un consentement auquel la volonté n'aurait eu aucune part. Les rédacteurs du code, rejetant cette prohibition, ont pensé qu'il ne fallait pas enlever à l'homme qui, au dernier moment de sa vie, se repent de la faute qu'il a commise la faculté de la réparer en légitimant par le mariage la filiation de sa postérité et le dévouement de la femme qui lui est restée fidèle (1).

CHAPITRE PREMIER.—DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

[[Il y a une différence radicale entre notre droit et le droit moderne français au sujet du mariage. En France, on regarde le mariage comme un simple contrat civil comme les autres contrats. Comme tous les autres contrats civils solennels, il requiert, pour sa validité, le ministère d'un officier de l'État ; la cérémonie religieuse est facultative, mais elle n'ajoute rien à un contrat qui a déjà reçu sa perfection aux yeux de la loi. On enseigne donc en France :]]

1° Que le mariage régulièrement célébré devant l'officier de l'état civil est valable, alors même qu'il n'a pas été sanctionné par l'Église et, réciproquement, que le mariage régulièrement célébré à l'Église est radicalement nul, s'il n'a pas été préalablement célébré devant l'officier de l'état civil ;

2° Que les causes de validité ou de nullité du mariage appartiennent exclusivement à la loi civile : les permissions ou défenses de l'Église que le code n'a pas reproduites n'existent point.

[[Si telle est la doctrine du code Napoléon, et on ne saurait en douter, il faut constater tout de suite que ce n'est pas la théorie de notre code civil. Loin de ne considérer le mariage que comme un contrat civil, notre code le regarde comme un contrat à la fois religieux et civil. En France, le mariage n'est valide qu'à la condition d'être célébré devant un fonctionnaire civil ; ici, au contraire, ce sont les prêtres et curés catholiques, les ministres des sectes non-catholiques qui seuls peuvent célébrer le mariage. En France, les causes de validité ou de nullité du mariage appartiennent exclusivement à la loi civile ; ici, certaines causes de nullité

(1) Comp. M. Laurent, t. II, n° 284.

sont tirées du droit canon, surtout en ce qui concerne le mariage des catholiques, et il n'y a que l'Eglise qui puisse prononcer la nullité du lien matrimonial entre catholiques.

Le juge Loranger, dans l'*Avant-propos* de son traité du *Mariage*, p. VII, apprécie en ces termes la portée de notre législation sur le mariage. "En cette matière," dit-il, "une "seule doctrine est admissible, au point de vue des principes "juridiquement appliqués du droit canon et du droit civil,...... "c'est que ces deux droits reconnaissent à la fois le mariage "comme acte religieux et sacrementel et comme contrat civil, "l'Eglise seule a juridiction sur le lien conjugal et sur les empê- "chements qui s'opposent à sa validité et l'Etat seul a compétence "sur ses effets civils."]]

L'absence d'une des conditions exigées pour pouvoir contracter mariage constitue un *empêchement*.

Les empêchements au mariage sont :

1° *Absolus* ou *relatifs*. — *Absolus*, lorsque la personne qui les subit ne peut contracter mariage avec quelque personne que ce soit : tel est, par exemple, le défaut de puberté ; *relatifs*, lorsqu'ils n'empêchent de contracter mariage qu'avec certaines personnes seulement : telles sont la parenté et l'alliance.

2° *Dirimants* ou *simplement prohibitifs*. — Les premiers sont ceux dont la violation entraîne la *nullité* du mariage ; les seconds sont ceux dont la sanction consiste, non plus dans la nullité du mariage, mais dans une condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende contre [[le prêtre ou ministre]] qui a consenti à le célébrer, et quelquefois aussi contre les parties. Ainsi, l'empêchement qui n'est que prohibitif s'oppose à la célébration du mariage, sans entraîner sa nullité, lorsqu'en fait on a passé outre.

Cinq conditions sont ici exigées pour pouvoir contracter mariage. Elles sont relatives : 1° à l'âge des contractants ; — 2° à leur consentement ; — 3° à l'inexistence du premier mariage ; — 4° au *consentement* des personnes sous la puissance desquelles ils se trouvent relativement au mariage ; 5° à la parenté et à l'alliance.

Nous aurons plus tard à rechercher si ces conditions sont les seules qui soient exigées. Quant à présent, nous constatons cinq empêchements dirimants, savoir : 1° le défaut de *puberté ;* 2° le défaut de *consentement des époux ;* 3° l'existence d'*un premier mariage ;* 4° l'absence du *consentement* des personnes sous la

dépendance desquelles les contractants se trouvent placés ; 5° la *parenté* ou *l'alliance* au degré prohibé *(a)*.

Nous ne trouvons sous ce chapitre [[aucun]] empêchement *prohibitif.* Il en existe plusieurs autres dans les chapitres qui suivent. On peut, en les résumant, ramener à [[deux]] les empêchements *simplement prohibitifs*, savoir : 1° l'existence d'une *opposition* au mariage, abstraction faite de ses motifs ; 2° le défaut de *publications* (*b*).

SECTION PREMIÈRE. — DES EMPÊCHEMENTS DIRIMANTS.

§ I. — *De l'âge requis pour contracter mariage.*

L'âge requis pour le mariage est celui de [[quatorze]] ans révolus pour les hommes, et de [[douze]] ans aussi révolus pour les femmes *(c)*.

Révolus..., c'est-à-dire accomplis. Ainsi, le mariage ne peut être célébré qu'autant que le premier jour de la [[quinzième]] année pour le futur, et de la [[treizième]] année pour la future, est commencé.

Cette disposition est fondée sur un triple motif :

1° La société est intéressée à la perfectibilité physique de l'homme ; or, cette perfectibilité serait compromise, s'il était permis à des êtres affranchis à peine de la stérilité de l'enfance de perpétuer dans des générations imparfaites leur propre débilité.

2° Le mariage engage l'avenir tout entier ; c'est l'acte le plus important de la vie. Il est donc nécessaire que les futurs époux soient capables de connaître et d'apprécier l'étendue de l'engagement qu'ils vont contracter ; or, avant l'âge fixé par la loi, l'homme est trop inexpérimenté pour se faire une juste idée du mariage.

(*a*) Mourlon n'a pas étudié ces empêchements dans l'ordre qu'il indique ici. Je le suivrai, cependant, dans l'arrangement qu'il a choisi, sauf à parler ensuite des empêchements reconnus dans notre droit.

(*b*) Il n'est question ici que des empêchements prohibitifs dont parle le code civil. Il y en a d'autres, cependant, qui relèvent du droit canon. Il en sera question plus loin.

(*c*) Notre article 115 dit que " l'homme, avant quatorze ans révolus, " la femme, avant douze ans révolus, ne peuvent contracter mariage." La législation française n'est pas aussi libérale, sur ce point, que notre droit. D'après l'article 144 du code Napoléon, l'âge requis est de dix-huit ans pour les hommes et de quinze ans pour les femmes. Notre article est conforme à l'ancien droit.

Ses ascendants pourraient, il est vrai, le suppléer; mais il importe que les parents ne puissent pas à eux seuls marier leurs enfants. Autrement, chaque époux se croirait en droit d'excuser bien des écarts : Je ne me suis pas marié, dirait-il, on m'a marié !

3° Les époux ont un patrimoine à gérer, une famille à gouverner : il importe donc qu'ils soient eux-même capables de devenir maîtres de maison, chefs de famille *(a)*.

§ II. — *De l'existence d'un premier mariage.*

La bigamie n'est point permise ; elle constitue même un délit particulier, puni par nos lois pénales. De là la règle qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier (art. 118).

[[Il n'y a dans nos rapports qu'une seule cause qui puisse être citée sous l'article 118. C'est celle de *Burn et al. v. Fontaine (b)*. On paraît y avoir jugé que l'existence d'un mariage, même annulable, est, tant qu'il n'a pas été annulé, un obstacle à la célébration d'un mariage subséquent.

Quand j'expliquerai l'article 185, je dirai pour quelles raisons un mariage peut se dissoudre. C'est une grave question que nous serons plus en état d'étudier alors.]]

§ III. — *De la parenté et de l'alliance.*

La *parenté* est la relation ou le lien qui unit spécialement plusieurs personnes issues l'une de l'autre ou d'un auteur commun. Elle est *légitime* ou *naturelle*, suivant qu'elle résulte ou non de légitimes mariages.

(*a*) On enseigne, en France, que le mariage contracté par un impubère, est nul de nullité absolue, mais c'est une nullité absolue temporaire, c'est-à-dire que, contrairement aux principes généraux concernant les nullités, elle peut se guérir. Nous aurons à nous demander plus loin si, dans notre droit, ce mariage est radicalement nul. Ce qui est certain, c'est que, quelle que soit sa nature, cette nullité n'est que temporaire. En effet, l'article 153 déclare que ce mariage ne peut être attaqué que dans deux cas : 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les époux en question ont atteint l'âge compétent ; 2° lorsque la femme qui n'avait pas cet âge a conçu avant l'expiration de six mois. Cette disposition, encore, est conforme à l'ancien droit, car Pothier décide que lorsqu'une fille, mariée avant d'avoir atteint l'âge compétent, devient enceinte, le mariage est valable (*Mariage*, n° 94).

(*b*) Cette cause, décidée par le juge Torrance en 1872, est rapporté au 17 L. C. J., p. 40 et au 4 R. L., p. 163. Chaque rapport donne un sommaire différent. Celui de la *Revue Légale* est très détaillé, mais

La *ligne* est la série des personnes entre lesquelles cette relation existe. Elle est *directe* ou *collatérale.*

La ligne *directe* est la série des personnes qui descendent l'une de l'autre. Elle est *descendante* ou *ascendante,* suivant qu'on envisage les auteurs ou la postérité d'une personne : le père, l'aïeul, le bisaïeul, sont dans la ligne *ascendante ;* le fils, le petit-fils, l'arrière-petit-fils, dans la ligne *descendante.*

La ligne *collatérale* est la série des personnes qui, sans descendre l'une de l'autre, descendent d'un auteur commun. On l'appelle *collatérale,* QUASI A LATERE, parce qu'elle est composée de deux lignes directes, qui descendent, à côté l'une de l'autre, en partant de l'auteur commun qui est le point de leur union. Ainsi, le frère et la sœur, l'oncle et la nièce..., sont dans la ligne *collatérale.*

L'alliance est le lien civil que le mariage fait naître entre chacun des époux et les parents de l'autre. Ainsi, le mari est l'allié de chacun des parents de sa femme, et réciproquement.

L'alliance empruntant ses lignes et ses degrés à la parenté, chacun des époux est allié avec les membres de la famille de l'autre époux, dans la même ligne et dans le même degré que celui-ci leur est parent. Ainsi, le père et la mère de ma femme sont mes alliés au premier degré, dans la ligne ascendante ; ses frères et sœurs sont mes alliés au second degré, dans la ligne collatérale *(a).*

— Aucune alliance n'existe : 1° entre les parents de l'un des époux et les parents de l'autre : mon frère n'est donc point, comme on le croit dans le monde, l'allié du frère ou de la sœur de ma femme ; 2° entre chacun des époux et les alliés de l'autre : *affinitas non parit affinitatem :* les maris des deux sœurs ne sont donc point alliés entre eux, ainsi qu'on le dit souvent.

Les deux époux ne sont pas même alliés entre eux, car ils ne font qu'un : *sunt duo in carne una ;* et c'est précisément parce qu'ils sont réputés ne former qu'un seul être que chacun d'eux devient, par cette union intime, comme le parent des parents de l'autre. A proprement parler, le lien qui unit les époux n'est ni la parenté, ni l'alliance ; c'est un lien *sui generis.*

---

ne semble pas ressortir du texte du jugement. En effet, le juge se contente d'invoquer le mariage antérieur et non encore annulé d'une des parties pour déclarer la nullité d'un mariage subséquent contracté par cette partie.

(*a*) On ne compute pas les degrés de cette manière dans le droit canon. Dans ce droit, le frère et la sœur sont parents au premier degré. J'expliquerai ce système plus loin.

— La parenté et l'alliance constituent, dans certains cas, un empêchement *prohibitif* et *dirimant* au mariage.

I. Parenté légitime. — La prohibition est absolue dans la ligne directe. Ainsi, point de mariage possible entre un ascendant et un descendant, à quelque degré que ce soit. Un tel inceste ferait horreur ! a dit M. Portalis *(a)*.

La prohibition n'est plus aussi étendue dans la ligne collatérale. Le mariage est prohibé seulement :

1° *Entre le frère et la sœur.* — " L'espérance du mariage, entre deux êtres qui vivent sous le même toit et qui sont déjà invités par tant de motifs à se rapprocher et à s'unir, aurait pu allumer des désirs criminels et entraîner des désordres qui auraient souillé la maison paternelle " (M. Portalis) *(b)*.

2° *Entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.*—Le mariage n'est pas permis entre eux, parce que l'oncle et la tante, dans leurs rapports avec leurs nièces et neveux, tiennent souvent la place du père et de la mère : *quia sunt loco parentum.* La possibilité du mariage eût d'ailleurs suscité des séductions auxquelles il eût été trop difficile de résister *(c)*.

L'*oncle* ne peut pas épouser sa *nièce*, la *tante* son *neveu*, parce qu'ils sont, avons-nous dit, *loco parentum* ; or, s'ils sont au rang d'*ascendants* pour leur nièce ou leur neveu, à plus forte raison le sont-ils pour leur *petite-nièce* ou leur *petit-neveu*. Concluons-en que, sous la dénomination d'*oncle* et de *tante*, la loi a entendu comprendre tous ceux qui sont *loco parentum*, par conséquent, le *grand-oncle* et la *grand'tante*. Ainsi le grand-oncle ne peut pas épouser sa petite-nièce, la grand'tante son petit-neveu (1).

---

(1) Voy., en ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 1877 (Sir., 78, 1, 337) ; M. Demol., *Du mariage*, t. I, n° 105.—En sens contraire, MM. Aubry et Rau, t. V, § 464, p. 98 et 99 ; Laurent, t. II, n° 357. [[Le juge Loranger, ouvrage cité, n° 150, s'exprime aussi en sens contraire en se fondant sur les termes mêmes de l'article 126. M. Baudry-Lacantinerie, t. 1er, n° 446, résume le débat sans se prononcer formellement. La question en effet est grave. Il admet cependant que la jurisprudence se fixe dans le sens de l'opinion adoptée par Mourlon à la suite de Demolombe, Marcadé et autres.]]

(*a*) C'est la disposition de l'article 124 de notre code qui dit qu'" en " ligne directe, le mariage est prohibé entre les ascendants et descen- " dants et entre les alliés, soit légitimes, soit naturels."

(*b*) L'article 125, suivant sa rédaction primitive et officielle, se lisait comme suit : " En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le " frère et la sœur, légitimes ou naturels, et entre les alliés au même " degré, aussi légitimes ou naturels " A cela, l'article 6230 des statuts refondus de la province de Québec dit qu'on devrait ajouter, pour se conformer à la disposition du statut 45 Vic., ch. 42 (Can.), les mots : " mais il est permis entre un homme et la sœur de sa femme défunte." J'aurai à apprécier l'effet de cet amendement plus loin, ainsi que l'exactitude de sa rédaction. Voir *infra*, pp. 340-342.

(*c*) L'article 126 de notre code dit que " le mariage est aussi prohibé " entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu."

— En dehors de ces prohibitions, le mariage est permis : les enfants des deux frères, c'est-à-dire le cousin et la cousine, peuvent donc se marier entre eux *(a)*.

II. Parenté naturelle. — De même que la parenté légitime, elle engendre, *dans la ligne directe*, un obstacle absolu au mariage. Ainsi, je ne puis épouser ni la fille ni la petite-fille naturelle de mon fils naturel (voy. l'article 124).

Dans la ligne *collatérale*, la loi distingue. La règle est la même entre les frères et sœurs naturels qu'entre les frères et sœurs légitimes : il m'est défendu d'épouser ma sœur, qu'elle soit *légitime* ou qu'elle soit simplement *naturelle* (voy. l'article 125).

Entre oncles et nièces, tantes et neveux, la prohibition est *restreinte* aux oncles et nièces, tantes et neveux, *légitimes :* je puis donc épouser, soit la fille naturelle de ma sœur légitime ou naturelle, soit même la fille légitime de ma sœur naturelle *(b)*.

La parenté naturelle ne fait-elle obstacle au mariage qu'au cas où elle est *légalement établie* par une reconnaissance authentique et volontaire ou par un jugement, conformément aux articles 240 et 241 ? Je m'explique. Paul a une fille naturelle, qu'il n'a pas reconnue dans la forme légale ; mais des lettres existent qui constatent sa paternité : peut-il épouser sa fille ? Ou bien encore : Paul a un fils naturel et une fille naturelle, qu'il n'a pas *légalement* reconnus ; mais sa double paternité est établie au moyen d'actes sous seing privé : ses deux enfants peuvent-ils s'unir par les liens du mariage ? le frère peut-il épouser sa sœur ?

Premier système.—La parenté naturelle qui n'est point LÉGALEMENT ÉTABLIE *ne fait pas obstacle au mariage.*—Lorsque la loi a organisé un mode spécial de constater un fait, ce fait, quoique existant réellement, est légalement réputé inexistant, dès qu'on ne le prouve pas au moyen de la preuve qui lui est propre. Or, la loi, dans un intérêt d'ordre public, afin de prévenir des procès scandaleux et de garantir l'honneur des familles contre des perquisitions flétrissantes, a subordonné la preuve de la parenté naturelle à des conditions spéciales et fort sévères. En dehors

(*a*) Sauf dans le cas où cette parenté constitue un empêchement d'après la croyance religieuse des époux, art. 127. Ainsi, dans la cause de *Globensky v. Wilson* (M. L. R., 2 S. C., p. 174), le second degré de consanguinité canonique (cousins germains) a été reconnu comme un empêchement dirimant pour les catholiques, requérant dispense des autorités religieuses.

(*b*) Notre article 126 est dans les mêmes termes que l'article 163 du code Napoléon qui prohibe les mariages entre oncle et nièce, tante et neveu. Il n'y est même pas question des alliés. Cet article n'exprime pas la doctrine du droit canon.

de ces conditions, la parenté naturelle, ne pouvant être établie, n'existe point aux yeux de la loi : dès lors, comment pourrait-elle faire obstacle au mariage ? La recherche de la paternité naturelle est d'ailleurs formellement défendue par l'article 340 C. N.; or, cette prohibition n'admet point de distinction : *quelle que soit la nature de l'intérêt engagé*, la recherche de la paternité n'est pas admise. L'admettre, *en ce qui touche les empêchements au mariage*, ce ne serait plus interpréter la loi, ce serait la faire ! *(a)*

Ce système a ses inconvénients, sans doute : il peut donner lieu à des mariages scandaleux ; mais le système contraire aurait également ses dangers. La recherche de la parenté naturelle, en dehors des conditions sévères que la loi a organisées dans l'intérêt du repos des familles, amenerait souvent un scandale plus grand que celui qu'elle aurait pour objet d'empêcher. Au reste, la loi existe. On peut la critiquer, en solliciter l'abrogation ; mais tant que la loi existe, elle doit être respectée (1).

Deuxième système. — La parenté naturelle, de quelque manière qu'elle soit établie, LÉGALEMENT OU AUTREMENT, *fait obstacle au mariage.* — Lorsque la loi subordonne telle ou telle règle à la condition que la parenté sera *légalement établie*, elle le dit expressément (art. 158, 331, 383 et 756 du code Napoléon) *(b)*. Or, les articles 124 et 125 prohibent le mariage, non pas seulement entre les parents naturels *légalement reconnus*, mais, ce qui est bien plus général, entre les parents *naturels ;* et ce silence de la loi est d'autant plus décisif que les rédacteurs du code [[Napoléon]] avaient été sollicités par la cour d'appel de Lyon à dire expressément que la parenté naturelle ne ferait obstacle au mariage *qu'autant qu'elle serait légalement établie.* Cette circonstance révèle leur pensée. Ils n'ont, quant au point qui nous occupe, organisé aucun mode particulier de preuve, afin de laisser aux magistrats un pouvoir discrétionnaire. C'est donc à la justice qu'est confié le droit d'admettre ou de rejeter dans sa sagesse, tel ou tel genre de preuve. Ainsi, quoique la parenté naturelle qui n'est pas *légalement* constatée soit *légalement* réputée inexistante en tout autre matière que celle que nous étudions, la loi y

(1) Val., *sur Proud.*, t. II, p. 178 ; Dur., t. II, n° 166 ; MM. Aubry et Rau, t. VI, § 568 *ter*, p. 176, note 12 ; M. Laurent, t. II, n° 350.

(*a*) Je laisse cette partie de l'argument résumé par Mourlon pour ne pas le tronquer. Nous n'avons pas, dans notre droit, de disposition comme l'article 340 C. N. Au contraire, la recherche de la paternité naturelle est permise par l'article 241 de notre code.

(*b*) Nous n'avons pas ces articles dans notre code.

voit cependant un obstacle au mariage, lorsque ce fait est établi par des preuves que la justice reconnaît suffisantes (1) *(a)*.

III. De l'alliance. — Elle produit dans la *ligne directe*, les mêmes obstacles au mariage que la *parenté légitime* ou *naturelle*. Ainsi, de même que le mariage est prohibé à l'infini entre ascendants et descendants légitimes ou naturels, de même il est défendu entre les alliés à titre d'ascendants et de descendants, légitimes ou naturels. Je ne puis donc épouser ni la mère ni la grand'mère légitime ou naturelle de ma femme, ni la fille légitime ou naturelle qu'elle a eue d'un autre homme.

Dans la *ligne collatérale*, [[d'après le droit civil,]] l'alliance ne fait obstacle au mariage qu'entre les alliés à titre de frères et sœurs légitimes ou naturels. Le mariage est donc permis entre les alliés à titre d'oncle et de nièce, de tante et de neveu. Ainsi, je ne puis pas prendre pour femme la sœur légitime ou naturelle de ma femme précédente ; au contraire, je puis épouser sa tante légitime ou naturelle.

[[Telle est la doctrine du droit français. Dans notre droit nous avons une disposition statutaire, la loi 45 Vic., ch. 42, émanant du parlement fédéral, intitulé : *Acte concernant le mariage avec la sœur de la femme défunte*, qui, je suis porté à le croire, n'entrait pas dans les attributions de ce parlement *(b)*. Assumons, cependant, que cette loi a été valablement portée. Voyons quel en est l'effet. Il se lit comme suit :

1. " Les lois qui prohibent le mariage entre un homme et la " sœur de sa femme défunte sont par le présent abrogées, tant à " l'égard des mariages déjà contractés qu'à l'égard de ceux qui

(1) Merlin, Répert., v° *Empêchements de mariage*, § IV, art. 4 : Marc., sur l'art. 161 ; M. Demol., *Du mariage*, t. I, n° 107.

(*a*) Il est certain que, dans notre droit, cette deuxième opinion sera suivie. L'existence de la parenté naturelle seule, que cette parenté soit reconnue ou non, suffit pour rendre le mariage impossible.

(*b*) Le droit du parlement fédéral de passer une loi de cette nature a été mis en doute. On n'a pas voulu codifier le statut qui nous occupe, lors de la refonte des statuts fédéraux en 1886, mais on l'a fait figurer dans l'annexe B des statuts revisés, soit la liste des lois au sujet desquelles la compétence du parlement fédéral, ou bien n'existait pas, ou était contestée ou contestable. L'article 91 de l'*Acte de l'Amérique Britannique du Nord*, 1867, § 26, donne au parlement fédéral juridiction sur " le mariage et le divorce" et l'article 92 du même acte, §§ 12 et 13, attribue aux législatures provinciales " la célébration du mariage dans la province ; la propriété et les droits civils dans la province." Je crois que la juridiction du parlement fédéral se limite au mariage *en rapport avec le divorce*. Autrement, son pouvoir viendrait en conflit avec celui des législatures. Je reviendrai sur cette question en parlant de l'article 185.

" le seront à l'avenir, et, en ce qui concerne les mariages déjà " contractés, comme si ces lois n'eussent jamais existé.

2. " Cet acte n'affecte en aucune façon les cas décidés par les " tribunaux ou actuellement pendants devant eux ; il n'affecte, " non plus, aucun droit réellement acquis par les enfants nés du " premier mariage avant la passation du présent acte ; et le pré- " sent acte n'affecte, non plus, aucun de ces mariages lorsque " l'une ou l'autre partie s'est ensuite, durant la vie de l'autre, " légalement mariée à une autre personne."

Il ressort de cette loi que la rédaction de l'article 125, telle que donnée par l'article 6230 des statuts refondus de la province de Québec *(a)*, est inexacte. D'après cette rédaction, l'article 125 se lirait comme suit :

125. " En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le " frère et la sœur, légitimes ou naturels, et entre les alliés au " même degré, aussi légitimes ou naturels ; *mais il est permis* " *entre un homme et la sœur de sa femme défunte.*"

Or le statut 45 Vic., ch. 42 ne dit pas que ce mariage sera *permis*, mais seulement que les lois qui le prohibaient seront *abrogees*. Il est vrai que tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis, mais comme le législateur fédéral n'a pas cru devoir donner une forme aussi positive à sa disposition, le compilateur de ces lois n'aurait pas dû le faire. Donc, si la loi fédérale est effective, l'article 125 doit se lire comme suit : " En ligne collatérale, " le mariage est prohibé entre le frère et la sœur, légitimes ou natu- " rels, et entre les alliés au même degré, *sauf en ce qui concerne* " *le mariage entre un homme et la sœur de sa femme défunte.*"

Il est clair, toutefois, que, si le parlement était compétent, cette législation a eu l'effet d'abroger toutes les prohibitions que notre droit civil portait contre ces mariages. Mais le statut 45 Vic., ch. 42, a-t-il eu l'effet d'abroger les dispositions du droit canon qui prohibent ces mariages, sauf le droit de l'autorité ecclésiastique de lever la défense ? Il est certain qu'une législature ne peut pas abroger les lois qui ne relèvent pas de sa juridiction, et il est également certain que le droit canon ne relève pas de la juridiction fédérale Cependant, une législature peut très bien abroger une de ses lois qui donne effet à une loi canonique, et si le

---

(a) Remarquons que la législature n'a pas adopté ces amendements faits par le parlement du Canada, elles a réunis dans un supplément "*contenant les articles du code civil du Bas-Canada, modifiés par la législation fédérale.*" La législature provinciale ne donne pas à ces amendements la sanction de son autorité.

parlement était compétent dans l'espèce, il a pu abroger toutes les dispositions du droit civil qui reproduisaient la prohibition du droit canon. Or, à l'époque de la codification, la loi civile prohibait absolument les mariages entre beau-frère et belle-sœur, et cela sans distinction ; il ne paraissait pas possible même de lever cette défense, la dispense d'empêchements dont parle l'article 127 ne s'appliquant qu'aux empêchements non-énumérés par le code civil. Il suit de là que la prohibition du droit canon n'est pas affectée en soi par la nouvelle législation, mais que toute disposition de la loi civile, qui répète cette prohibition, est abrogée. Cependant, la loi fédérale rencontre une objection bien plus formidable dans une disposition qu'elle n'a pas abrogée. Aux termes de l'article 129, on ne peut contraindre un prêtre à célébrer un mariage contre lequel il existe quelqu'empêchement d'après les doctrines et croyances de sa religion, et la discipline de l'église à laquelle il appartient. On ne pourra donc pas forcer un prêtre de célébrer un semblable mariage, lorsqu'il n'a pas eu de dispense de l'empêchement dirimant canonique. L'effet pratique de cette disposition, c'est de rendre ces mariages impossibles pour les catholiques, quand il n'y a pas eu de dispense par l'autorité religieuse. Donc, il résulte de ce que je viens de dire : 1° que tout obstacle au mariage entre un homme et la sœur de sa femme défunte est disparu du côté de la loi civile, en supposant que la loi fédérale soit constitutionnelle ; 2° que l'empêchement canonique n'étant pas affecté par cette législation, deux catholiques, qui veulent se marier de la seule manière légale pour eux, c'est-à-dire devant leur propre curé, ne pourront faire célébrer leur mariage tant qu'ils n'ont pas fait lever la défense du droit canon.]]

L'alliance résulte-t-elle, non seulement du mariage, mais encore d'un commerce illicite, du concubinage ? *(a)*.

Premier système.—Le concubinage engendre une alliance naturelle qui, de même que l'alliance légitime, fait obstacle au mariage. Le droit canonique et notre ancien droit civil admettaient, en effet, que le concubinage, lorsqu'il était notoire et qu'il avait fait scandale, engendrait une alliance naturelle qui empêchait le mariage entre chacun des concubins et les parents de l'autre (Poth., *Du mar.*, n° 162). Or, le code n'a point défini *l'alliance :* il s'en réfère donc, sur ce point, au principe suivi dans notre ancien droit. Autrement, il faudrait dire qu'il tolère les

(*a*) Je reproduis cette discussion bien que l'affirmative ne souffre aucune difficulté, dans notre droit, en vue des termes formels des articles 124 et 125, où il est question des alliés naturels.

les mariages les plus scandaleux, et, par exemple, l'union d'un concubin avec la mère de sa concubine.

Le système contraire conduirait d'ailleurs à des conséquences que la logique et le bon sens condamnent également. Supposons un mariage contracté en violation d'un empêchement dirimant, et plus tard annulé. Bien qu'annulé, il a néanmoins produit des effets civils, et, par suite, une alliance *légitime*, si les parties l'ont contracté *de bonne foi* (art. 163 et 164) : cette alliance devient donc un empêchement légal au mariage entre chacune d'elles et les parents de l'autre. Que si, au contraire, il a été contracté *de mauvaise foi*, il est alors réputé n'avoir été qu'un véritable concubinage. Dira-t-on, dans ce cas, qu'il n'a engendré aucune alliance, et qu'ainsi chacune des parties peut épouser le parent de l'autre? Mais alors leur mauvaise foi leur assure un *avantage* dont ne jouissent pas les parties qui ont été de bonne foi ! La loi n'a pu consacrer une semblable anomalie (1).

Ainsi, il n'est pas permis d'épouser la mère, la fille ou la sœur de sa concubine, le père, le fils ou le frère de son concubin.

Toutefois, cette incapacité ne doit être admise qu'autant que le concubinage d'où elle résulte est *légalement* et antérieurement établi, soit par un jugement de condamnation pour complicité d'adultère, soit par l'annulation d'un mariage antérieur et contracté de mauvaise foi, soit enfin par la reconnaissance faite par l'un et l'autre concubin d'un enfant naturel. Autrement, l'allégation du concubinage donnerait lieu à des procédures scandaleuses, que réprouve l'esprit général de notre code (2).

Deuxième système. — Le concubinage n'engendre point l'alliance que la loi range parmi les obstacles au mariage. — Ainsi, l'homme qui a vécu en concubinage avec une femme est libre d'épouser la mère, la fille ou la sœur de cette femme. L'alliance, en effet, l'alliance *proprement dite*, ne se forme que par

(1) Ce raisonnement ne me semble pas sûr. Et d'abord je ne puis pas voir un *avantage* dans la faculté d'épouser la mère ou la fille de sa concubine. J'ajoute qu'en supposant que ce fût un avantage, tout ce qu'il faut en conclure, c'est que cette anomalie a échappé à la perspicacité de la loi. [[Le législateur a été plus perspicace en cette province.]]

(2) Dem., t. I, nº 217 *bis*, I et II ; Marc., sur l'art. 161 ; MM. Aubry et Rau, t. V, § 461; note 13; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article. — Quelques personnes vont plus loin. Suivant elles, le concubinage, *de quelque manière qu'il soit établi*, engendre une alliance qui s'oppose au mariage entre chacun des concubins et les parents de l'autre. La question de preuve est abandonnée à l'appréciation souveraine et discrétionnaire des magistrats. [[Notre loi ne distinguant pas, je dois me ranger de cet avis.]]

le mariage : *affinitatis causa fit ex nuptiis.* — Pothier lui-même en fait la remarque. Il ajoute, il est vrai, que le concubinage crée *une espèce d'alliance* improprement dite, qui, à la différence de *l'alliance légitime*, dont l'existence forme un empêchement jusqu'au quatrième degré inclusivement, fait obstacle au mariage, au premier et au second degré seulement. Or, le code n'a point reproduit *cette espèce d'alliance* improprement dite : Il n'en parle nulle part. Qu'en conclure, si ce n'est qu'il l'a abandonnée (1) ?

IV. Des cas où l'empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance peut être levé au moyen d'une dispense. — [[En France, les dispenses de l'empêchement qui résulte de la parenté ou de l'alliance sont accordées par le chef de l'État. Ici, elles sont octroyées, pour les catholiques, par les autorités religieuses, pour les non-catholiques par le lieutenant-gouverneur. Je me contente de cette indication sommaire, car le sujet sera traité plus loin.]]

§ IV. — *Du consentement des époux.*

Le mariage, étant un contrat, ne peut se former que par le consentement des époux (art. 984), c'est-à-dire par le concours de leurs volontés. Il ne suffit même pas qu'ils domnent un consentement quelconque ; la loi veut que ce consentement soit *libre et exempt d'erreur.*

Lorsque le consentement fait absolument défaut, le mariage n'existe point : on dit alors qu'il est *nul*. Toute personne intéressée peut en demander la nullité ; et, à quelque époque qu'elle soit formée, la demande en nullité est recevable.

Que si, au contraire, le consentement existe, mais vicié par la *violence* ou par l'*erreur*, le mariage est, non plus *nul*, mais seulement *annulable*. L'une des parties, celle dont le consentement a été vicié, peut, il est vrai, en faire prononcer la nullité en justice ; mais, tant que la nullité n'en a pas été judiciairement prononcée, il subsiste comme s'il était valable. Bien plus, le vice dont il est infecté peut être effacé par une ratification postérieure, auquel cas le mariage devient aussi irrévocable que s'il eût été valable *ab initio*. Nous reviendrons sur cette distinction lorsque nous expliquerons, sous le chapitre *Des nullités de mariage*, les articles 148 et 149.

---

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 403 ; Bug., *sur Poth.*, t. VI, p. 79 ; M. Demol., t. I, n° 112 ; M. Laurent, t. II, n° 351. [[Ainsi que je l'ai dit, le législateur mentionne l'affinité résultant du concubinage aux articles 124 et 125.]]

Ainsi, point de consentement, point de mariage. Les personnes impuissantes à manifester leur volonté sont donc incapables de se marier : tels sont les sourds-muets et les personnes privées de raison [[et aussi les morts civils et cela aux termes mêmes de l'article 36 qui ne prononce la nullité du mariage que pour les effets civils.]] Toutefois remarquons :

1° Que l'incapacité des sourds-muets cesse lorsque l'éducation qu'ils ont reçue les met à même de comprendre l'engagement qu'ils contractent et de manifester leur consentement, soit par l'écriture, soit par des signes d'une autre nature ;

2° Que le mariage contracté par une personne en état habituel de démence ou de fureur est et reste valable lorsqu'il a été célébré pendant un intervalle lucide. Tout se réduit à cette question de fait : les parties ont-elles ou non donné en connaissance de cause leur consentement au mariage ?

Une question fort délicate est celle de savoir si la personne *interdite* pour cause d'imbécilité, de démence ou de fureur, peut valablement se marier pendant un intervalle lucide. L'interdiction est-elle, en droit, par elle-même, et par elle seule, un obstacle *permanent* au mariage ? *(a)* Faut-il, si l'on admet l'affirmative, considérer comme *nul*, ou simplement comme *annulable*, le mariage contracté au mépris de cet empêchement ?

Quoique ces questions soient fort controversées, je n'hésite point à dire : 1° que l'interdit ne peut point se marier ; 2° que si, en fait, il s'est marié, son mariage n'est qu'*annulable (b)*.

Tout mariage est *nul* ou *annulable*, lorsque l'une des parties n'y a pas donné son consentement, ou n'y a donné qu'un consentement vicié. Or, l'interdiction constitue au moins un vice du consentement : donc le mariage contracté par un interdit est au moins annulable.

Lorsqu'une personne privée de raison, *mais non interdite*, s'est mariée, on peut établir que le mariage a été célébré pendant un moment lucide, auquel cas le mariage est valable. C'est une question de fait, laissée à l'appréciation souveraine du tribunal. Il n'en est pas de même lorsque cette personne était déjà interdite

---

(*a*) Voir ma note (*a*), *infra*, p. 347.

(*b*) L'article 334 dit que tout acte fait par l'interdit pour cause d'imbécillité, démence ou fureur est *nul*. Voir Loranger en ce sens n° 73. Ajoutons que l'article 502 du code Napoléon qui correspond à notre art. 334 dit que tous actes passés par l'interdit postérieurement à son interdiction sont *nuls de droit*. Cependant, comme je l'expliquerai en ma note (*a*), *infra*, p. 347, je n'arrive pas à la même conclusion que Mourlon.

au moment de la célébration du mariage. Le tribunal n'a point à rechercher alors si le mariage a été ou non contracté dans un intervalle lucide : car la question de savoir si ce moment de raison a réellement existé est résolue négativement *par la loi même.* L'interdiction, en effet, a précisément pour but d'éviter ces questions de fait ; ce n'est rien autre chose que la présomption légale d'une folie toujours permanente, qui commence avec le jugement d'interdiction et ne cesse qu'avec lui. Nulle preuve contraire n'est admise contre cette présomption de la loi. En fait, le moment de raison, cet intervalle lucide, peut exister, je le reconnais ; mais la présomption de la loi l'emporte sur la réalité.

On objecte que souvent la folie n'est que partielle et n'affecte qu'un seul côté de l'intelligence. Cet homme, par exemple, est monomane, fou sur un seul point, sage et bien avisé sur tout le reste. Pourquoi donc lui défendrait-on le mariage par cela seul que son interdiction a été prononcée ?

Je réponds : 1° en principe, on n'interdit pas un tel homme : la justice se borne alors à lui défendre de faire, sans l'assistance d'un conseil judiciaire qu'elle lui désigne, les actes qui font l'objet de sa monomanie (art. 331).

2° La personne qui est *interdite* est, aux yeux de la loi, et, par suite, pour la justice, incapable de faire, en connaissance de cause, non pas tel ou tel acte, mais tous les actes, de quelque nature qu'ils soient. La présomption qui résulte de l'interdiction est, en effet, *générale, absolue.* Celui que la loi juge incapable de faire un acte purement pécuniaire, de vendre ou d'acheter, par exemple, ne peut pas être réputé capable d'engager sa personne et toute son existence, de se marier, en un mot (1) !

Ainsi, l'interdiction est un obstacle permanent au mariage. Mais si, en fait, le mariage a été célébré, je le déclarerais simplement *annulable.* La pensée générale de la loi, touchant

(1) Toull., t. I, n° 502 ; Dur., t. II, n°s 27 et suiv.; Bug., *sur Poth.*, t. VI, p. 38 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 427.—Marcade tient que le mariage contracté par un interdit est radicalement nul (t. I, p. 482 et suiv.).

On soutient, dans une autre opinion, que l'interdiction judiciaire ne forme qu'un empêchement prohibitif. " Sans doute, dit-on, l'officier de l'état civil qui connaît l'interdiction doit se refuser à la célébration ; mais le tribunal saisi de la question peut, suivant les circonstances, ordonner qu'il y sera procédé. Que si, en fait, le mariage a été célébré, la question de validité dépend uniquement de celle de savoir s'il y a eu ou non consentement suffisant."—Consultez Dem., t. I, n° 224 *bis*, I ; MM. Demol., t. I, n°s 127 à 129 ; Val., *Explic. somm.*, p. 363 ; *Cours de code civil*, t. I, p. 214 et 239 ; Aubry et Rau, t. V, § 564, 1° ; Laurent, t. II, n°s 285 et suiv.

les actes faits par un interdit, est celle-ci : On ne doit pas les déclarer valables : car il est naturel de supposer qu'il n'a pas su ce qu'il faisait quand il les a souscrits. Il ne faut pas non plus les déclarer radicalement nuls : car peut-être les a-t-il consentis pendant un intervalle lucide. C'est assez qu'ils soient *annulables* au gré de son intérêt (art. 2258). Donc, 1° tant qu'il ne demande pas la nullité de son mariage, son conjoint reste valablement engagé ; 2° il lui est permis, lorsqu'il est relevé de son interdiction, de le ratifier, en renonçant à son action en nullité. — Cette renonciation pouvant n'être que tacite, on devra la présumer, s'il a cohabité avec son conjoint pendant *six mois*, à compter de la mainlevée de son interdiction (arg. d'analogie tiré de l'art. 149) (*a*).

Le consentement qui constitue le mariage consiste dans l'échange des promesses réciproques que se font les parties devant l'officier de l'état civil et sur ses interrogations. Jusque-là, aucune promesse n'oblige : il n'est point permis, en effet, d'engager sa liberté, en promettant le mariage à telle ou telle personne. Toute convention, à cet égard, n'est qu'un simple projet qui n'engage ni l'une ni l'autre des parties, et il en est ainsi alors même que les promesses sont accompagnées d'une clause pénale par laquelle les parties ont stipulé que celle des deux qui se dédira payera, à titre d'indemnité, telle somme à l'autre : la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause accessoire (art. 1132). Toutefois, si, après qu'un mariage a été sérieusement convenu, alors que chacune des parties peut raisonnablement compter sur

(*a*) Le juge Loranger, n° 73, n'admet cette nullité que pour les effets civils ; la validité du mariage des catholiques dépendant du droit canonique, qui ne reconnaît la nullité du mariage de l'interdit que s'il y a preuve de folie, à l'époque du contrat, il décide que ce mariage peut être valable au point de vue du lien matrimonial. Quant à moi, il me répugne de croire que ce mariage puisse être valable quant au lien et nul quant aux effets civils. Quoi ! on forcerait les conjoints à demeurer ensemble pour n'élever que des bâtards ! Il est vrai que le mariage contracté par le mort civil n'est nul que pour les effets civils, mais le mort civil, devant être dans un état de réclusion, la cohabitation est hors de question. Pour moi, la règle de l'article 334 est inapplicable. On paraît admettre qu'il ne faut pas, à moins d'une disposition expresse, aller chercher ailleurs que dans ce titre les causes de nullité de mariage. Du reste, les auteurs modernes reconnaissent, en France, que l'article 502 du code Napoléon, qui correspond à notre article 334, est inapplicable dans le cas du mariage (M. Baudry-Lacantinerie, n° 1180 *ter*). Cela étant, appliquons la disposition de l'article 116 " il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement." La seule question, donc, est de savoir si, dans le cas de l'interdit qui s'est marié dans un moment lucide, il y a eu un consentement, et cela indépendamment de la présomption de l'article 334 qui ne s'applique pas. Il est évident que oui. Donc, ce mariage est valable.

sa célébration, l'une d'elles se retire capricieusement, sans aucun motif légitime, ce manquement à la foi promise l'oblige de réparer le dommage qu'elle cause à l'autre : car quiconque, par sa faute, cause un dommage à autrui est tenu de le réparer (art. 1053). Les juges déterminent l'indemnité à payer, en prenant pour base : 1° le préjudice *matériel* qu'a éprouvé celle des parties qui a été délaissée, tel que les dépenses de voyage, les acquisitions déjà faites et devenues inutiles......, 2° le préjudice *moral* qu'elle a subi, c'est-à-dire qu'a pu porter à son honneur l'affront public qui lui a été fait (1).

§ V. — *Du consentement des ascendants ou de la famille.*

I. **Quels enfants ont besoin de ce consentement.** — [[En France, on enseigne que]] les enfants *mineurs* de VINGT ET UN ANS, émancipés ou non, légitimes ou naturels, ne peuvent se marier que sous la condition de faire compléter leur consentement par celui de leurs ascendants ou de leur famille.

Les *filles* majeures de vingt et un ans sont affranchies de cette condition : leur consentement au mariage suffit.

Quant aux *fils* légitimes ou naturels, majeurs de vingt et un ans, une distinction est nécessaire :

S'ils n'ont pas d'ascendants, ou si leurs ascendants sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ils sont libres de se marier comme ils l'entendent : la loi n'exige que leur consentement.

Dans l'hypothèse contraire, *tant qu'ils n'ont pas vingt-cinq ans révolus, le consentement de leurs ascendants est indispensable.*

[[Constatons maintenant la profonde différence qui existe entre notre droit et le droit français à ce sujet. Aux termes de notre article 119, " les enfants qui n'ont pas atteint l'âge de vingt et un " ans accomplis, pour contracter mariage, doivent obtenir le con- " sentement de leur père et de leur mère ; en cas de dissentiment " le consentement du père suffit." Donc, pas de différence entre les deux sexes, notre droit ne connaît qu'une seule minorité, celle qui cesse à vingt et un ans. A l'inverse du droit français, cet article ne s'applique qu'aux enfants légitimes. L'article 121 de notre code dit que " l'enfant naturel qui n'a pas atteint l'âge de

(1) MM. Aubry et Rau, t. V, § 454, note 26 ; Val., *Cour de code civil*, t. I, p. 165 ; Laurent, t. II, nos 304 et suiv. La jurisprudence parait être aujourd'hui définitivement fixée en ce sens.

" vingt et un ans révolus, doit, pour se marier, y être autorisé par " un tuteur *ad hoc* qui lui est nommé à cet effet." Il importe peu que l'enfant ait été reconnu ou non, son père ne jouit pas de l'autorité paternelle à son égard. Il en serait autrement si l'enfant naturel a été légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, car alors cet enfant est légitime. Constatons également que le tuteur doit être un tuteur *ad hoc*, le tuteur ordinaire qu'aurait ce mineur ne pourrait donner l'autorisation requise.

Le consentement des ascendants autres que le père et la mère n'est jamais nécessaire dans notre droit. Quand il n'y a ni père ni mère ou qu'ils se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le consentement au mariage de l'enfant légitime non émancipé est donné par un tuteur ordinaire, non *ad hoc*, et, de l'enfant mineur émancipé, par son curateur, de l'avis, dans les deux cas, du conseil de famille (art. 122).]]

II. Des motifs sur lesquels est fondé ce pouvoir qu'ont les [[père et mère, tuteur ou curateur]] d'empêcher, dans les cas qui viennent d'être indiqués, le mariage des enfants. — Deux principaux motifs l'expliquent et le justifient :

1° Les facultés du corps se développant avant celles de l'esprit, l'homme se trouve habile à contracter mariage avant que sa raison, mûrie par le temps, le mette en garde contre les entraînements des passions du premier âge : la loi a dû dès lors le protéger contre lui-même, en lui donnant un guide pour le diriger dans l'acte le plus important de sa vie ;

2° Le mariage n'intéresse pas seulement ceux qui le contractent; il engage aussi, jusqu'à un certain point, l'honneur et la fortune de leurs familles, par les rapports d'ailliance et par les obligations qu'il est appelé à créer : c'eût été, par conséquent, blesser la justice que de leur laisser, alors qu'ils sont trop jeunes pour faire un choix convenable, la faculté de se marier contre le gré de leurs parents.

III. Par quelles personnes le consentement doit être donné dans les cas où il est exigé. — Passons en revue les différentes hypothèses prévues par la loi.

1° *Le père et la mère existent, et sont l'un et l'autre en état de manifester leur volonté.* — Leur consentement est exigé et nécessaire. Toutefois, en cas de *dissentiment*, le consentement du père *suffit*. Ainsi, le père refuse-t-il son consentement, tandis que la mère donne le sien : le mariage n'est pas possible. La mère, au contraire, refuse-t-elle de consentir, tandis que le père

approuve : la loi permet le mariage.—Le consentement du père ne suffit qu'en cas de *dissentiment*, ce qui suppose que la mère doit être au moins consultée : car il n'y a pas de *dissentiment* là où une seule opinion a été émise. Il faut donc, lorsque le père consent, établir que la mère a été consultée ; on lui fait, à cet effet, [[en France,]] un acte respectueux, *(a)* dans lequel le notaire rapporte la déclaration qu'elle a faite. Cette formalité a son utilité : les observations de la mère peuvent, en effet, être fort justes ; il importe alors que le père et l'enfant en aient connaissance, afin que, mieux éclairés, ils abandonnent, l'un et l'autre, le projet malencontreux que la mère refuse d'approuver (1).

2° *Le père ou la mère est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté.* — Le consentement de l'autre suffit alors, mais sous la condition d'établir le décès ou l'impossibilité qui met le père ou la mère hors d'état de manifester sa volonté *(b)*.

La preuve du décès résulte de l'acte de l'état civil qui en a été dressé et qui doit être représenté. Toutefois, à défaut de preuve authentique, le père ou la mère dont l'existence est incertaine peut être considéré comme présumé absent, auquel cas on procède, [[en France,]] par analogie, conformément à l'article 155 C.N.(2) *(c)*.

---

(1) M. Demol., *Du mariage*, t. I, n° 38 ; Val., *Cours de C. civ.*, p. 167 et 168. Comp. M. Laurent, t. II, n° 312.

(2) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 306 ; Demol., t. I, n° 40 ; Laurent, t. II, n° 313 et 318.

(*a*) Comme je le dirai, la formalité de l'acte respectueux a été abolie par notre droit, mais il n'est question, bien entendu, que des majeurs. Rien n'empêche, cependant, qu'on ne prenne ce moyen de consulter la mère, mais il semblerait plus simple de faire apporter un certificat d'elle quand elle n'assiste pas au mariage. Il semble, à première vue, que, pratiquement, l'officier qui célèbre le mariage se trouvera parfaitement garanti par la preuve du consentement du père ; car si la mère approuve, tout est bien, et si elle refuse son consentement, il y a dissentiment et alors la volonté du père l'emporte. M. Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 427 (*alpha*), toutefois, regarde le défaut de consulter la mère comme un empêchement prohibitif qui oblige l'officier de l'état civil à refuser son ministère. Cela n'affecte pas la validité du mariage, comme le ferait le défaut de consentement du père, lequel est un empêchement dirimant dans le droit civil.

(*b*) L'article 120 de notre code, copie textuelle de l'article 149 du code Napoléon, dit que " si l'un des deux est mort, ou s'il est dans " l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre " suffit."

(*c*) L'article 155 du code Napoléon, qui n'existe pas dans notre droit, dit qu'en cas d'absence de l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte respectueux, il sera passé outre à la célébration du mariage, en représentant le jugement qui aurait été rendu pour déclarer l'absence, ou, à défaut de ce jugement, celui qui aurait ordonné l'enquête, ou, s'il n'a point encore eu de jugement, un acte de notoriété délivré par le juge de paix de l'endroit où l'ascendant a eu son dernier domicile connu. Cet acte contiendra la déclaration de quatre témoins appelés d'office par ce juge de paix.

Quant à l'impossibilité de manifester sa volonté, elle peut résulter d'un empêchement physique ou légal. La loi, au reste, ne détermine point les événements qui la constituent légalement ; elle s'en rapporte donc, à cet égard, à l'appréciation des magistrats. On cite, à titres d'exemples :

D'une part, le cas où le père ou la mère est en état de présomption ou de déclaration d'absence. — La simple *non-présence* n'est point par elle-même une cause suffisante d'*impossibilité*. Mais, jointe à d'autres circonstances, elle peut, en fait, réunir tous les caractères d'une impossibilité véritable ; c'est ce qui arriverait notamment s'il était impossible de se procurer le consentement de l'ascendant, par suite d'une interruption de communications occasionnée par la guerre ou par toute autre cause.

D'autre part, le cas où l'ascendant est privé de l'exercice de ses droits civils par l'effet d'une interdiction *judiciaire*.

3° *Les père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.* — [[Notre article 122 dit que "s'il n'y " a ni père ni mère, ou s'ils se trouvent tous deux dans l'impos- " sibilité de manifester leur volonté, les mineurs pour contracter " mariage, doivent obtenir le consentement de leur tuteur, ou cura- " teur au cas d'émancipation, lequel est tenu lui-même pour " donner ce consentement, de prendre l'avis du conseil de famille " dûment convoqué pour en délibérer." L'article 160 du code Napoléon, qui correspond à notre article, ne parle pas du tuteur, il dit que les mineurs ne peuvent pas contracter mariage "sans le consentement du conseil de famille."]] Si le fils ou la fille qui veut se marier est majeur de vingt et un ans, son propre consentement suffit ; s'il est mineur, le consentement [[de son tuteur, ou de son curateur s'il est émancipé, agissant de l'avis du]] conseil de famille est nécessaire.

— La décision du [[tuteur agissant de l'avis du]] conseil de famille est-elle souveraine ? ne peut-on pas se pourvoir, soit contre son consentement, lorsqu'il l'a donné, soit, dans l'hypothèse contraire, contre son refus de consentir ?

L'ancien droit permettait de soumettre sa décision à la justice (1). Cette faculté n'a pas été reproduite par le code civil ;

---

(1) "Il y a quelque différence, dit Pothier, entre le consentement " que doivent donner les père et mère au mariage de leurs enfants, " et celui que doivent donner les tuteurs et curateurs des mineurs " qui n'ont ni père ni mère :

" 1° Les père et mère n'ont pas besoin, pour donner leur consen- " tement au mariage de leur enfant mineur, de prendre l'avis des " autres parents. Au contraire, le tuteur ne doit donner son consen-

mais la plupart des auteurs pensent qu'elle résulte de l'article 883 du code de procédure [[français]], au moins pour le cas où la décision du conseil de famille n'a pas été *unanime.* "Toutes les fois, est-il dit dans ce texte, que les délibérations du conseil de famille ne sont pas *unanimes, l'avis* de chacun des membres qui le composent doit être mentionné dans le procès-verbal. Le tuteur, subrogé-tuteur, ou curateur, même les membres de l'assemblée, peuvent se pourvoir contre la délibération par une demande formée contre les membres de la majorité." Cette disposition est, dit-on, générale, absolue dans ses termes : elle s'applique donc sans exception à toutes les délibérations du conseil de famille (1).

On soutient, dans un autre système, que l'article 883 du code de procédure [[français]] n'a pas dérogé au pouvoir absolu que l'article 160 du code [[Napoléon]] attribue au conseil de famille, dans le cas où le mineur n'a plus d'ascendants. Ceux-ci, lorsqu'ils existent, ont un pouvoir souverain : on ne peut en appeler de leur décision auprès de qui que ce soit ; or, leur pouvoir est, à leur défaut, attribué par la loi même au conseil de famille qui les remplace. Sa décision est donc aussi souveraine que le serait la leur ! Que lui demande-t-on d'ailleurs ? un simple *avis ?* Non ! c'est son *consentement* qu'il est appelé à donner ou à refuser. Entre ces deux termes, *avis* et *consentement*, la différence est grande. L'*avis* n'oblige pas, personne n'est tenu de s'y soumettre. Le *consentement*, au contraire, est un acte d'autorité domestique et de puissance paternelle. Or, l'article 883 du code de procédure [[français]] n'a trait qu'aux *avis de parents*, ainsi que cela résulte de la rubrique du titre où il est placé. Ajoutons, enfin, que les membres de la majorité ne pourraient pas défendre leur décision lorsqu'elle serait contraire au mariage : car les motifs qu'il

---

"tement au mariage de son mineur qu'après avoir pris l'avis des "plus proches parents, tant paternels que maternels, du mineur, "qu'il doit pour cet effet convoquer devant le juge (*Ord. de Blois*, "art. 43).

"2° Le consentement que les tuteurs et curateurs refusent de "donner au mariage de leurs mineurs peut être bien plus facilement "suppléé que celui des pères et mères. Le juge, sur le refus du "tuteur de donner son consentement au mariage, permet au mineur "de faire assembler devant lui ses plus proches parents ; et, après les "avoir entendus, et fait rédiger les avis de chacun des parents "convoqués et les raisons sur lesquelles ils se fondent, il renvoie les "parties à l'audience, pour juger si l'on doit permettre au mineur de "passer à la célébration du mariage...." (Pothier, *Contrat de mariage*, n° 336).

(1) Dem., t. I, p. 315 ; Val., *sur Proud.*, p. 339 ; M. Massol, *Rev. de droit franç. et étrang.*, 1846, t. III, p. 183.

leur faudrait donner pour justifier leur refus de consentir pourraient blesser le futur époux du mineur, porter peut-être atteinte à son honneur, et, par suite, les exposer à une demande en dommages et intérêts (1).

[[Dans notre droit, c'est le tuteur du mineur non-émancipé ou le curateur au mineur émancipé qui doit consentir au mariage de son pupille. Il est certain que, comme le dit Pothier dans la note (1) *supra*, p.351, le tribunal ou le juge peut reviser la décision de ce tuteur ou curateur. L'article 1261 du code de procédure civile en fait foi. Il dit que "la cour supérieure et la cour de " circuit et tout juge de la cour supérieure à tout endroit où l'une " ou l'autre de ces cours doit être tenue, soit pendant ou hors du " terme, ont également juridiction et peuvent prononcer sur toutes " les matières où l'avis du conseil de famille est requis, et toute " procédure à cet égard doit rester aux archives du tribunal où la " demande a été portée."]]

Les règles qui viennent d'être exposées sont, en général, applicables aux enfants *naturels*. Signalons, toutefois [[une]] différence :

L'enfant naturel, mineur, doit, pour pouvoir se marier, obtenir le consentement d'un tuteur *ad hoc*, nommé par un conseil de famille. — Ce conseil est improprement appelé *de famille :* car l'enfant naturel dont les père et mère sont décédés, ou qui n'a point été reconnu, n'a point de *parents*. On y appelle les personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec son père ou avec sa mère, ou ses propres amis (2).

Ainsi, lorsqu'il s'agit du mariage d'un enfant *légitime*, mineur, qui n'a plus [[ni père ni mère, c'est son tuteur, agissant de l'avis du]] conseil de famille, qui est appelé lui-même à donner ou à refuser son consentement, tandis que, dans le même cas, le soin de consentir au mariage de l'enfant *naturel* ou de l'empêcher est confié, non pas [[au tuteur qu'on peut déjà lui avoir donné,]] mais à un tuteur spécial que le conseil de famille désigne à cet effet. [[La loi ne dit pas si ce tuteur doit, avant de donner ce consentement, consulter le conseil de famille de l'enfant naturel, comme le

---

(1) Delv., t. I, p. 50 ; Dur, t. II, nos 101 et 102 ; Bug., à son cours : MM. Demol., t. I, n° 86 ; Aubry et Rau, t. V, § 462, note 40 : Laurent, t. II, n° 344 ; Val., *Cours de C. civ.*, p. 178 et suiv.

(2) Dur., t. II, n° 117 ; MM. Demol., t. I, n° 89 ; Val., *Explic. somm.*, p. 88 ; Dem., t. I, p. 314 : Bug.—Tel est l'usage suivi dans la pratique. Cependant quelques personnes pensent que le tuteur *ad hoc* doit être nommé sur requête par le tribunal (MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 159 : Laurent, t. II, n° 342).

tuteur de l'enfant légitime est tenu de le faire aux termes de l'article 122. Il me paraît clair que puisque ce tuteur *ad hoc* est spécialement nommé pour donner ce consentement, il n'est pas nécessaire d'en reférer au conseil de famille qui se trouve déjà consulté. Mourlon croit que le tuteur ordinaire, s'il en existe un, pourra recevoir cette délégation spéciale.]]

IV. Comment et à quel moment le consentement doit être donné.— Le consentement peut être donné au moment même de la célébration du mariage, verbalemént, à l'officier de l'état civil, qui le reçoit directement.

Mais ce mode de procéder n'est pas toujours possible. Les [[père et mère ou tuteur]] peuvent être malades ou éloignés du lieu où le mariage doit être célébré. Dans ce cas, le consentement peut être donné à l'avance, par un acte notarié que les parties remettent à l'officier de l'état civil *(a)*. Toutefois ce consentement anticipé n'est vraiment utile qu'autant qu'*il existe encore* au moment où se forme le mariage dont il est un élément de validité, c'est-à-dire au moment de sa célébration. De là, cette double conséquence :

1° [[Le père ou mère ou tuteur]] qui a donné son consentement à l'avance peut le révoquer, auquel cas le mariage n'est pas possible. — Cette révocation peut être faite, soit au moyen d'une opposition au mariage, soit en retirant des mains de l'enfant auquel il a été remis l'acte de consentement, soit, enfin, par une notification faite à l'une et l'autre partie.

2° Si [[le père]] qui a consenti au mariage meurt avant qu'il ait été célébré, son consentement doit être considéré comme non avenu. L'enfant qui l'avait obtenu doit donc en obtenir un nouveau, [[de sa mère]] sous l'autorité [[de laquelle]] il se trouve actuellement placé par suite du décès de [[son père]] dont la puissance s'est éteinte. — Toutefois, le mariage doit être maintenu, lorsqu'il a été contracté de bonne foi par les parties, c'est-à-dire dans l'ignorance du décès du [[père]] qui l'avait autorisé (art. 1728 et 1760, argum.) (1).

Lorsque [[le père ou la mère, ou le tuteur donne son]] consentement par acte notarié, cet acte doit-il désigner *individuellement*,

---

(1) M. Demol, t. I, n° 58.

(*a*) L'article 73 du code Napoléon parle d'un acte authentique de consentement ; nous n'avons aucune disposition semblable. Cependant, comme l'article 65 exige la mention du consentement des père et mère, tuteur ou curateur, il faut nécessairement qu'on produise quelque preuve de ce consentement.

non seulement l'enfant qu'il concerne, mais aussi la personne que cet enfant doit épouser ? La négative est soutenue. " La loi, a-t-on dit, n'exige pas cette mention (art. 73 C. N.) *(a)*; or, il n'est point permis de créer, par voie d'interprétation, des prescriptions que la loi n'exige pas. Cette doctrine est d'ailleurs commandée par la nécessité même. Des entreprises lointaines peuvent, en effet, séparer l'enfant de ses ascendants ; or, en pareil cas, il faut bien, si l'on ne veut pas retarder indéfiniment le mariage, permettre à l'ascendant de donner à son enfant, lorsqu'il a confiance en sa sagesse, un consentement indéterminé et général" (1).

L'affirmative est plus conforme à l'esprit et même à la lettre de la loi. Que veut-elle, en effet, lorsqu'elle confie aux ascendants le droit de consentir au mariage ou de l'empêcher ? Que leur expérience profite à l'enfant, qu'elle l'éclaire, qu'elle le dirige, qu'elle puisse, en un mot, le préserver à temps d'un engagement malheureux et irréparable ! Or, cette mission n'est pas et ne peut pas être remplie lorsque l'ascendant dit à son enfant : " Fais au gré de tes désirs, épouse qui tu voudras." Il n'exerce pas alors sa puissance paternelle ; il l'abdique ! Au lieu de *consentir* à son mariage, il l'autorise à se marier *sans son consentement*.

La permission donnée à un enfant de se marier, sans désignation de la personne à épouser, ne constitue donc point un véritable consentement, un consentement légal : l'acte qui la contient est nul et de nul effet. D'où, pour le notaire qui dresse des actes de consentement à mariage, le soin et le devoir de ne pas laisser *en blanc* le nom de la personne à épouser par l'enfant autorisé (2).

[[En France, aux termes de l'art. 156 du code Napoléon, le fonctionnaire qui célèbre un mariage pour la validité duquel le consentement des ascendants ou de la famille était nécessaire, est passible de 16 à 300 francs d'amende et d'un emprisonnement de

(1) MM. Aubry et Rau, t. V, § 466, note 6 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'article 73 C. N.

(2) Delv., t. I, p. 131 ; Marc., sur l'art. 72 ; Dem., t. I, n° 236 *bis* ; MM. Demolombe, t. I, n° 53 ; Laurent, t. II, n° 320.—M. Duranton, qui admet le principe, pense néanmoins que, si, en fait, le mariage a été célébré, la nullité n'en pourra pas être prononcée sous prétexte que l'acte portant consentement ne désignait point la personne à épouser par l'enfant. Selon lui, le consentement en blanc ne constitue qu'un empêchement simplement *prohibitif*. Il soutient même que l'enfant peut valablement triompher de cet empêchement en écrivant de sa main, dans l'acte en blanc qui lui a été remis, le nom de la femme qu'il doit épouser (t. II, nos 91 et 92).

(*a*) Nous n'avons pas d'article semblable à l'article 73 du code Napoléon.

dix mois à un an. Nous n'avons pas de disposition semblable ici, mais le prêtre ou ministre qui a célébré un semblable mariage a souvent été condamné à payer des dommages.

Nous trouvons quelques arrêts dans nos collections de jurisprudence portant, tant sur l'effet du mariage contracté par un mineur non autorisé, que sur la responsabilité qu'encourt le fonctionnaire qui y prête son ministère. Dans la cause de *Larocque & Michon* (8 L. C. R., p. 222), la cour d'appel a jugé que le prêtre qui célèbre le mariage d'une mineure, sans le consentement des père et mère de cette mineure, est passible de dommages en faveur des parents dont on a méconnu l'autorité et que telle action procède valablement sans au préalable poursuivre la nullité du mariage. Une semblable décision fut rendue contre un ministre protestant dans la cause de *Mignault v. Bonar* (16 L. C. R., p. 195). Dans l'espèce, on avait produit au fonctionnaire une licence, mais cette dispense ne couvrait pas le défaut de consentement des père et mère. Dans une autre cause, celle de *Perry v. Taylor* (4 L. C. L. J., p. 58), un ministre protestant avait marié un garçon de 16 ans à une veuve de 49, sur production d'une licence ordinaire. Le jeune homme avait déclaré qu'il était âgé de 22 ans, mais la cour fut d'avis que le ministre n'aurait pas dû se contenter de cette assurance. Dans l'espèce, le mariage avait été préalablement annulé *(a)*.

§ VI. — *Des sommations respectueuses qu'il fallait faire autrefois.*

Dans l'ancien droit, les majeurs qui voulaient se marier étaient tenus d'adresser ce qu'on appelait des sommations respectueuses à leur père et mère pour requérir leur consentement au mariage. Cependant, si ce consentement était refusé, on pouvait passer outre au mariage, mais il fallait le demander. Ce droit était depuis longtemps tombé en désuétude ici lors de la codification, mais on l'observe encore en France.

Nos codificateurs ont trouvé que ces sommations respectueuses sont propres à produire un résultat tout opposé à celui qu'on se propose. C'est une démarche plus insultante que respectueuse et

---

(a) En France, on exige la production de l'extrait de naissance pour prouver l'âge des époux. Je ne cite pas des décisions qui ne font qu'affirmer le principe de la loi. Le lecteur pourra referer à une cause de *Mignault v. Hopeman* dans laquelle on a annulé un mariage pour défaut de consentement du père de l'un des conjoints.

plus irritante que conciliante. En conséquence ils ont adopté l'article 123 qui se lit comme suit :

" Les sommations respectueuses aux père et mère ne sont plus " obligatoires."

Cet article n'est pas indiqué comme étant de droit nouveau pour le motif que le droit en question était depuis longtemps tombé en désuétude.

§ VII. — *Autres empêchements au mariage dont il est question dans notre code.*

Sans parler, pour le moment, de quelques empêchements prohibitifs, comme le défaut de publications ou le fait d'une opposition au mariage, qui existent dans le droit français comme dans le nôtre et que j'expliquerai plus loin, je dois signaler certains empêchements qui entraînent la nullité du mariage dans notre droit. Le code civil nomme un de ces empêchements, l'impuissance, les autres qu'il ne désigne pas sont ceux qui relèvent des lois de chaque église particulière.

I. **L'impuissance.** — L'article 117 se lit comme suit : "L'im- " puissance naturelle ou accidentelle, existant lors du mariage, le " rend nul, mais dans le cas où elle est apparente et manifeste.

" Cette nullité ne peut être invoquée que par la partie même " avec qui l'impuissant a contracté ; elle n'y est plus recevable si " elle a laissé passer trois ans sans se plaindre."

Cette cause de nullité n'est pas reconnue par le code Napoléon, on a trouvé que la preuve en était difficile et scandaleuse. On ne l'admet, dans la doctrine, que lorsque l'un des conjoints a ignoré l'impuissance de l'autre, et son ignorance constitue alors *une erreur sur la personne.* A ce titre, la plupart des auteurs l'admettent comme motif de demander la nullité du mariage.

L'article 117 n'est que la reproduction de notre ancien droit, avec cette restriction que l'impuissance doit être apparente et manifeste et doit avoir existé lors du mariage. La procréation des enfants étant la fin principale du mariage, ceux qui y sont manifestement impropres ne peuvent contracter mariage.

Mais il faut que cette impuissance soit apparente et manifeste. Il faut donc qu'elle puisse se constater par la simple inspection de la personne. Il ne s'agit donc pas de la *débilité* de l'organe générateur, mais de son *absence.*

Deuxième condition, peu importe que l'impuissance soit naturelle ou accidentelle, elle doit avoir existé lors du mariage.

Une impuissance qui surviendrait subséquemment au mariage ne pourrait l'invalider pour l'avenir.

La nullité qui résulte de l'impuissance n'est que relative puisque le conjoint qui en souffre peut seul l'invoquer. Encore doit-il formuler sa plainte dans les trois ans ; il n'y est plus recevable dit notre article s'il a laissé passer trois ans sans s'en plaindre. On devra compter ces trois ans du jour de la célébration du mariage, à moins que des circonstances, telles que la séparation immédiatement après le mariage, ne doivent faire fixer le point de départ de cette prescription à une date subséquente.

Nous trouvons trois arrêts sur cette question. Dans une cause de *Lussier & Archambault* (11 L. C. J., p. 53), la cour d'appel a jugé que, dans une action en nullité de mariage entre deux catholiques, fondée sur un empêchement d'impuissance, le tribunal civil ne peut pas prononcer la nullité du mariage avant qu'un décret de l'autorité ecclésiastique ait préalablement déclaré nul le sacrement. On y a également jugé que le terme de trois ans fixé par la loi pour intenter l'action en nullité de mariage pour cause d'impuissance n'est pas absolu.

Dans une autre cause, celle de *Dorion & Laurent* (17 L. C. J., p. 324), la même cour a jugé que si la preuve de l'impuissance est incomplète, l'épouse poursuivie doit se soumettre à l'examen de médecins experts et qu'à son refus de le faire, les causes invoquées dans l'action seront considérées *pro confessis* et le mariage cassé.

Enfin, dans la cause de *Langevin v. Barette* (4 R. L., p. 160), la cour supérieure a décidé qu'un mariage peut être déclaré nul dix-sept ans après sa célébration à cause d'impuissance existant lors du mariage, si les parties se sont séparées après sa célébration et ont depuis vécu séparément, et aussi lorsque la partie défenderesse a résidé, depuis cette séparation, en pays étranger. L'autorité ecclésiastique doit d'abord prononcer la nullité du mariage.

II. Autres empêchements qui résultent des lois des différentes églises. — Le code civil a indiqué les principaux empêchements au mariage. Ce sont ceux qui ont pour cause le défaut de consentement, l'impuissance, l'existence d'un mariage précédent, le défaut de consentement des père et mère ou du tuteur de l'un des conjoints, la parenté, l'affinité, etc. Mais il y a d'autres empêchements qui dépendent des lois qui obligent les membres des diverses églises. Sur ce sujet, les codificateurs ne pouvaient rien définir, mais il ont reconnu l'existence et la force obligatoire de ces lois par l'article 127 qui se lit comme suit :

" Les autres empêchements, admis d'après les différentes " croyances religieuses, comme résultant de la parenté ou de " l'affinité et d'autres causes, restent soumis aux règles suivies " jusqu'ici dans les différentes églises et sociétés religieuses.

" Il en est de même quant au droit de dispenser de ces empê- " chements, lequel appartiendra tel que ci-devant, à ceux qui en " ont joui par le passé."

Il faudrait écrire presque un volume pour expliquer, non le sens de cet article qui est clair, mais les empêchements de mariage auxquels il fait allusion. Il s'agit des lois de chaque Église et de chaque société religieuse. Pour l'Église catholique, c'est le droit canon ; pour l'Église d'Angleterre et l'Église d'Écosse, ce sont certaines dispositions du droit canon antérieures au concile de Trente et certains statuts ; pour les juifs, c'est la loi de Moïse et le Talmud ; pour d'autres sociétés religieuses, ce sont leurs coutumes. Il y aurait là un développement à faire qui dépasserait de beaucoup les bornes d'un ouvrage élémentaire.

Toutefois, m'aidant des ouvrages de spécialistes sur la matière, je vais tenter d'énumérer succinctement les empêchements reconnues par les principales sociétés religieuses.

I. Le mariage des catholiques. — Parlant des catholiques, le juge Loranger fait l'énumération suivante des empêchements dirimants d'après le droit canon : " Les empêchements dirimants," dit-il, " sont au nombre de quinze *(a)* qui proviennent 1° de l'erreur, " 2° de la *condition*, 3° du *vœu solennel*, 4° de la parenté, 5° " du *crime*, 6° de la *disparité du culte*, 7° de la violence, 8° de " l'*Ordre*, 9° du lien d'un mariage existant, 10° de l'*honnêteté* " *publique*, 11° de l'âge, 12° de l'affinité, 13° de l'impuissance, " 14° de la clandestinité et 15° du rapt de violence tant que la " personne ravie n'est pas rendue à la liberté " (n° 160).

Il énumère ensuite quatre empêchements prohibitifs 1° *les fiançailles (b)*, 2° *la défense de l'Église*, 3° *le temps où le mariage est célébré* et 4° *le vœu simple (c)*.

(*a*) Je soulignerai ceux qui ne sont pas mentionnés par le code.

(*b*) Je souligne l'empêchement des fiançailles comme n'étant pas mentionné par le code, mais je dois faire observer que le juge Loranger dit, n° 164, que l'article 62 a défendu de surseoir à la célébration du mariage pour cause d'opposition fondée sur une simple promesse de mariage, laissant intact l'empêchement des fiançailles, dans le cas où elles seraient valablement établies et n'auraient pas été légitimement dissoutes.

(*c*) On a réuni et expliqué les empêchements dirimants dans les vers suivants :

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultûs disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,

§ 1. — *Empêchements dirimants.*

Parlons maintenant des empêchements sur lesquels le code ne s'explique pas ou s'explique d'une manière insuffisante.

La condition. — C'est un empêchement qui venait du droit romain et qui défendait le mariage d'une personne libre avec un esclave (*a*). Tout le monde étant libre dans la société moderne, il ne peut être question de cet empêchement.

Le vœu solennel (b). — Il est certain que le vœu solennel forme un empêchement dirimant au mariage (*c*). Donc, la personne qui l'a prononcé ne peut se marier. Il y a plus, il annule un mariage déjà ratifié, *ratum*, mais non consommé, *consummatum*, mais il est sans effet sur la validité d'un mariage ratifié et consommé (Loranger, n° 174) *(d)*.

Ætas, affinis, si forte coire nequibis,
Si parochi et duplicis desit præsentia testis,
Rapta si sit mulier, nec parti reddita tutæ,
Hæc facienda vetant connubia, facta retractant.

J'emprunte cette citation au juge Loranger, n° 159. Je trouve, cependant, une différonte version de ces vers dans la *Théologie Morale* du cardinal Gousset, t. II, n° 785, et dans le *Cours de droit canon* de Mgr André, v° *Empêchements de mariage.* Dans cette version les troisième, quatrième et cinquième vers sont remplacés par les deux vers suivants :

Amens, affinis, si clandestinus et impos,
Si mulier sit rapta, loco nec reddita tuto.

Cette version ajoute un empêchement dirimant, la démence, *amens.* Il paraît retrancher celui de *l'âge*, mais on le comprend sous ce même terme *amens.* (Gousset, t. II, n° 786).

On a aussi decrit les empêchements prohibitifs de la même manière :

Ecclesiæ vetitum, tempus, sponsalia, votum,
Impediunt fieri, permittant facta teneri,
Sponsalia sunt juris privati, cetera juris publici.

(*a*) Mgr André, *loc. cit.*

(*b*) Pour la définition du vœu solennel et du vœu simple, voir Loranger, t. Ier, nos 169-197.

(*c*) Gousset, t. II, n° 807 Cet auteur enseigne que suivant l'opinion la plus probable le pape peut dispenser de cet empêchement.

(*d*) Je me sers ici des termes techniques du droit canon. Suivant ce droit le mariage peut être légitime, *legitimum*, ratifié, *ratum*, et consommé, *consummatum.* Par mariage *légitime*, on entend " celui qui est contracté suivant le droit des gens, entre per- " sonnes non baptisées, et par le consentement légitime des parties, " de sorte qu'il n'est pas ratifié par l'Eglise et est privé de la dignité " de sacrement" (Loranger, n° 127). Le mariage *ratifié* est celui qui est contracté suivant les lois de l'Eglise et consacré par le sacrement, mais qui n'a pas été consommé, et le mariage *consommé* est celui qui a été suivi du commerce charnel.

La parenté et l'affinité. — Il est question de cet empêchement dans le code civil, mais le législateur ne parle que de la ligne directe, et de la ligne collatérale en ce qui concerne les mariages entre frère et sœur, légitimes et naturels, et alliés au même degré, aussi légitimes ou naturels, et les mariages entre oncle et nièce, tante et neveu. Le droit canon va plus loin et défend les mariages dans la ligne collatérale jusqu'à et compris le quatrième degré de consanguinité *(a)*. Cet empêchement étant dirimant, annule le mariage contracté entre parents ou affins légitimes jusqu'à ce degré prohibé. L'affinité illégitime ne constitue un empêchement que jusqu'au deuxième degré et cela même lorsque cette affinité résulte d'un mariage nul, suivi du commerce charnel, mais contracté de bonne foi. En ligne collatérale, on peut dispenser de cet empêchement, mais pas entre frère et sœur (Gousset, n[os] 815-816).

Il y a en outre la parenté spirituelle qui existe entre le parrain ou la marraine et le baptisé, entre le baptisant et le baptisé, entre le baptisant et les père et mère du baptisé, entre le parrain et la marraine d'un côté et les père et mère du baptisé (Gousset, n° 811). La confirmation crée également une parenté spirituelle entre celui qui confirme, celui qui est confirmé, ses père et mère et celui qui le tient.

Le crime. — Cet empêchement, qui est susceptible de dispense, tire son origine de l'adultère seul ou de l'homicide seul, ou de l'homicide et de l'adultère réunis. Pour que l'adultère seul produise un empêchement, il faut qu'il soit *formel*, c'est-à-dire que celui qui le commet avec une personne mariée, sache que cette personne est mariée ; il faut aussi qu'il soit consommé. Si le ma-

---

(*a*) Il faut observer que le droit canon, à la différence du code civil (art. 618), ne compte, en ligne collatérale, les degrés de parenté que d'un seul côté. Ces degrés sont égaux quand un égal nombre de générations sépare les parents de l'ancêtre commun, inégaux, quand ce nombre est inégal ; alors on part du descendant le plus éloigné et on remonte en comptant un degré par génération, jusqu'à l'ancêtre commun. Ainsi le frère et la sœur sont au premier degré de consanguinité, l'oncle et la nièce au deuxième degré, des cousins germains sont également au deuxième degré, des cousins issus de germains, au troisième degré et les enfants de ces cousins, au quatrième degré. (Gousset, t. II, n[os] 808-809). Le droit civil, au contraire, compte les degrés de parenté dans chaque ligne en remontant jusqu'à l'ancêtre commun (qu'on ne compte pas) dans une ligne, et en descendant de cet ancêtre dans l'autre ligne. Ainsi, suivant le droit civil, le frère et la sœur sont au deuxième degré, l'oncle et la nièce, au troisième degré, les cousins germains, au quatrième degré, les cousins issus de germains, au sixième degré, et les enfants de ces cousins au huitième degré.

riage de l'un des complices est nul, il n'y aura pas d'adultère. L'adultère, soit seul ou accompagné d'homicide, rend les adultères inhabiles à contracter mariage ensemble dans les trois cas suivants :

1° Quand du vivant de l'époux de l'un ou des deux, les adultères se marient, tout nul que soit ce mariage.

2° Quand l'adultère est commis avec promesse sérieuse et acceptée par l'autre complice, et faite soit avant, soit après l'adultère, de s'épouser après la mort de l'époux ou des époux vivants.

3° Quand l'un des adultères tue son conjoint ou l'époux de son complice, dans la vue d'épouser ce complice.

4° L'homicide seul est un empêchement quand, sans commettre l'adultère, l'un des époux est tué par deux personnes afin de pouvoir s'épouser après sa mort, soit que le meurtre ait été commis par eux personnellement, soit par une autre personne à leur instigation, mais ce meurtre doit être consommé, c'est-à-dire suivi de la mort de la victime (Gousset, nos 822-824) *(a)*.

La disparité du culte. — C'est le mariage qui se ferait entre un baptisé et un non baptisé. Ce mariage est nul, mais le pape peut lever la défense. Il ne s'agit pas ici de ce qu'on appelle généralement le mariage mixte, qui est celui que contractent deux baptisés, par exemple, un catholique et un anglican, mais de différent culte. Le mariage mixte tombe sous le coup d'un empêchement purement prohibitif (Gousset, n° 825).

L'Ordre. — L'Ordre a toujours été un empêchement au mariage et l'ancien droit le regardait comme tel. En France, même aujourd'hui, plusieurs auteurs le considèrent comme un empêchement dirimant *(b)*. Les personnes incapables sont celles qui ont reçu les ordres sacrés, c'est-à-dire la prêtrise, le diaconat et le sous-diaconat. Le juge Loranger *(c)* est d'avis que le prêtre même apostat ne peut contracter un mariage valide. Le pape, dit le cardinal Gousset (n° 806), peut dispenser de cet empêchement.

L'honnêteté publique. — " Cet empêchement ", dit le juge Loranger (n° 180), " est celui qui naît des fiançailles par paroles " de futur, *per verba de futuro,* non suivies de mariage, entre un " des fiancés et les parents de l'autre fiancé. Il naît aussi d'un " mariage ratifié mais non consommé, *ratum sed non consum-* " *matum*, contracté clandestinement par paroles de présent, *per*

(*a*) Loranger, n° 181.

(*b*) Dur., t. II, nos 34 et 201 ; Marc., t. I, p. 442 et suiv.; Dem., t. I, nos 225 et 225 *bis*, II ; MM. Aubry et Rau, t. V, § 464 3° et 4°.

(*c*) N° 184

verba de presenti." Il ne s'étend que jusqu'au premier degré quand il naît des fiançailles, mais quand il provient d'un mariage ratifié et non consommé, il empêche le mariage jusqu'au quatrième degré. Il faut, cependant, que ce mariage ne soit pas nul pour des vices de consentement. Cet empêchement est susceptible de dispense. (Gousset, nos 818-821).

La clandestinité. — Cet empêchement dirimant est reconnu par le code civil, art. 128, qui dit que le mariage doit être célébré *publiquement* devant un fonctionnaire compétent reconnu par la loi. Les mariages clandestins (qu'il ne faut pas confondre avec les mariages secrets, c'est-à-dire ceux qui, après avoir été contractés avec toutes les formalités voulues, ont été tenus secrets) ont toujours été prohibés par l'Eglise, mais, jusqu'au Concile de Trente, la clandestinité ne formait qu'un empêchement prohibitif. Aujourd'hui, il est dirimant dans les lieux, comme le Canada, où le décret *Tametsi* du concile de Trente a été publié. Il faut donc que le mariage soit célébré devant le propre curé des parties et en présence d'au moins deux témoins. C'est pour éviter la clandestinité qu'on exige la publication de bans de mariage.

Le rapt. — Le rapt est également rangé au nombre des empêchements dirimants par le code civil qui pose comme principe (art. 116) qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement (voir aussi l'art. 148). Le rapt est l'enlèvement violent d'une personne pour l'épouser. L'empêchement dure tant que la personne ravie reste au pouvoir du ravisseur. Pour constituer cet empêchement, on pose cinq conditions : 1° La personne ravie doit être une femme ; 2° L'enlèvement doit être fait par violence physique, ou par violence morale déterminée par les menaces du ravisseur ou de ses affidés. Si la femme consent, même contre le gré de ses parents, il n'y a pas de rapt. 3° La femme doit être enlevée d'un lieu sûr et conduite dans un lieu plus éloigné. 4° Il faut que la contrainte dure encore au moment du mariage ; si la personne ravie avait été remise en liberté et en sécurité et qu'elle donne un consentement libre, le mariage sera valide. 5° Le rapt n'est un empêchement que s'il a été commis en vue du mariage. S'il a lieu pour satisfaire une passion licencieuse, il n'y a pas d'empêchement *(a)*.

(*a*) Voir la discussion. dans la *Théologie Morale* de Gousset, t. II, nos 797-801, sur la question de savoir si la séduction (appelée souvent *rapt de séduction*) d'une jeune personne mineure, entraînée de la maison paternelle contre la volonté de ses parents, mais de son consentement, en vue du mariage,—constitue un empêchement dirimant. Le cardinal Gousset croit que non. Suivant le droit civil, le défaut de consentement des parents formerait un empêchement dirimant.

§ II. — *Empêchements prohibitifs.*

Les fiançailles. — Les fiançailles sont " une promesse solen-" nelle que deux personnes de différents sexes se font l'une à " l'autre de se prendre pour mari et femme" (Rituel de Québec). Quand elles sont faites avec les formalités voulues, qu'il est inutile d'expliquer ici puisque les fiançailles ne se font plus solennellement en ce pays, elles constituent, tant qu'elles ne sont pas dissoutes, un empêchement prohibitif au mariage que voudrait faire l'un des fiancés avec une autre personne. Le mariage n'est pas licite, mais il est valable. Un prêtre n'étant pas obligé de célébrer un mariage contre lequel il existe un empêchement suivant les doctrines de sa religion, peut refuser son ministère à un semblable mariage.

La défense de l'Eglise. — Les empêchements prohibitifs que le juge Loranger range sous ce titre, proviennent du défaut de publication des bans, dont nous parlerons plus loin, de la religion mixte des parties, c'est-à-dire le mariage entre deux personnes baptisées dont l'une est catholique et l'autre ne l'est pas. Le droit canon met le défaut de consentement des parents parmi les empêchements prohibitifs (Gousset n[os] 837-839). Pour que ce mariage soit licite, il doit y avoir dispense.

Temps prohibé pour la célébration du mariage.—Le mariage ne peut être licitement célébré depuis le premier dimanche de l'avent jusqu'à l'Epiphanie et depuis le mercredi des cendres jusqu'à l'octave de Pâques inclusivement.

Le vœu simple. — Le vœu simple de chasteté, le vœu d'entrer en religion, ou de recevoir les Ordres-sacrés, ou de ne pas se marier forment un empêchement prohibitif aux yeux du droit canon *(a)*.

II. Le mariage des non-catholiques. — Il est impossible, tant il y a des sectes différentes en ce pays, de tenter une analyse de lois et de coutumes si diverses. Nous pouvons dire, cependant, que les protestants de l'Eglise d'Angleterre et de l'Eglise d'Ecosse reconnaissent presque tous les empêchements du droit canon, tel qu'il existait avant le concile de Trente, sauf ceux provenant de l'Ordre, de la profession religieuse, de la parenté spirituelle. D'accord avec les autres sectes, ils admettent les empêchements de parenté décrétés par le Lévitique, c'est-à-dire le mariage entre parents dans la ligne directe ascendante ou descendante et, dans

(a) Voir Gousset, n° 845.

la ligne collatérale, entre frère et sœur, oncle et nièce, tante et neveu, en un mot, les empêchements formulés par les articles 124, 125 et 126 du code civil. Tous ces empêchements sont reconnus par notre code.

III. Dispenses. — Le dernier alinéa de l'article 127 qui dit que les empêchements non spécifiés, restent soumis aux règles de chaque église, ajoute : " Il en est de même quant au droit de " dispenser de ces empêchements, lequel appartiendra tel que ci- " devant à ceux qui en ont joui par le passé."

Il est certains empêchements qui, relevant du droit naturel, ne peuvent être l'objet de dispense, tels sont les empêchements provenant du défaut de consentement, du défaut de puberté, de l'impuissance, de l'erreur, d'un mariage subsistant et de la parenté dans la ligne directe et entre frère et sœur.

Au contraire, on peut permettre, par dispense, le mariage entre beau-frère et belle-sœur, entre oncle et nièce, tante et neveu. On peut dire, en général, que l'Eglise peut dispenser des empêchements qu'elle même a crées.

Le juge Loranger (n°s 152-4) interprète le dernier alinéa de l'article 127 comme s'étendant non pas seulement aux empêchements dont il est question en cet article, mais à tous les empêchements dont dispense est possible. Cette interprétation est contraire à la lettre de la loi, mais le juge Loranger l'appuie d'arguments d'une grande force. Remarquons, cependant, que quelquefois les parties qui avaient contracté, avec dispense, des mariages prohibés par les articles 125 et 126, ont recouru à la législature pour faire disparaître, sinon la nullité, du moins le doute qui résultait de ces prohibitions de la loi civile *(a)*.

Comme le dit l'article 127, le pouvoir de dispenser appartient " à ceux qui en ont joui par le passé." Pour les catholiques, le droit de dispenser appartient aux autorités religieuses seules ; nulle autre autorité ne peut intervenir, sous ce rapport, entre un catholique et l'Eglise. Pour les non catholiques, comme généralement ils reconnaissent lasuprématie de l'Etat, en matières de ce genre, il faudrait conclure que le chef de l'Etat, dûment autorisé par une loi, pourrait leur accorder dispense. En ce qui se rapporte aux protestants, les dispenses de bans, ou *licences* de

---

(*a*) Je puis citer, comme exemples, les statuts provinciaux 52 Vic., ch. 108, 56 Vic., ch. 97 et 57 Vic., ch. 100. Dans le premier cas, il s'agissait d'un mariage entre oncle et nièce ; dans les deux autres cas, d'un mariage entre un homme et la veuve de son frère.

mariage sont, aux termes de l'article 59*a*, émises par le département du secrétaire de la province sous le seing et sceau du lieutenant-gouverneur.]]

CHAPITRE II. — DES FORMALITÉS RELATIVES À LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

Les formalités que nous avons à étudier ont pour objet :

1° *Les publications qui doivent précéder le mariage, et la publicité de sa célébration.* — Les *publications* qui doivent précéder la célébration du mariage ont principalement pour but d'avertir à temps les personnes qui ont connaissance de quelque empêchement, afin qu'elles en donnent avis à l'officier de l'état civil, soit officieusement, soit par une opposition en forme (1).

— *La publicité de la célébration même du mariage* est requise afin de porter à la connaissance des tiers la nouvelle condition des parties qui le contractent, c'est-à-dire l'hypothèque qu'il confère à la femme sur les immeubles de son mari (art. 2030), l'incapacité où se trouve désormais la femme de contracter, par elle-même et sans aucune autorisation, des engagements valables (art. 177), et enfin l'incapacité où sont les deux conjoints de contracter un second mariage tant que celui-ci ne sera pas dissous (art. 118).

2° *Les pièces qui doivent être remises à l'officier de l'état civil (a) avant la célébration du mariage.* — Cette formalité est requise afin que l'officier de l'état civil puisse s'assurer que toutes les conditions prescrites pour la régularité et la validité du mariage ont été remplies.

3° *La solennité du mariage.* — La loi distingue les contrats *solennels* des contrats *consensuels*. Les contrats *consensuels* se forment *solo consensu*, c'est-à-dire quelle que soit la forme que les parties choisissent pour manifester leur consentement : que leurs

---

(1) " Les *bans de mariage*, dit Pothier (*Contrat de mariage*, n° 66), sont des dénonciations publiques du mariage que les parties dénommées par lesdites dénonciations entendent contracter, avec injonction à ceux qui sauraient des empêchements audit mariage de les révéler."

(*a*) Disons, une fois pour toutes, que nous laissons cette expression dans le texte à cause de sa généralité ; les seules personnes qui peuvent célébrer un mariage sont les prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires autorisés par la loi à tenir et garder registres de l'état civil (art. 129).

volontés se produisent par des écrits, ou qu'elles se produisent par des paroles ou mêmes par de simples actions, dès qu'elles existent et qu'elles concourent, le contrat est formé. D'après le droit commun, les contrats sont *consensuels*. Par exception, quelques contrats sont *solennels*, c'est-à-dire qu'ils exigent, pour leur perfection, certaines formes qui, en prévenant toute surprise, donnent au consentement des parties un caractère de certitude qu'on ne trouve point dans les contrats purement consensuels. Le mariage, à raison même de son importance, est naturellement du nombre des contrats solennels. Nous verrons, en effet, qu'il n'est parfait, civilement obligatoire, qu'autant que le consentement des parties s'est produit selon la forme prescrite par la loi.

4° *La rédaction de l'acte destiné à perpétuer le souvenir du mariage.* — Le mariage est la source de la famille, la condition de la légitimité des enfants ; il intéresse même les tiers, puisqu'il modifie souvent le crédit du mari, et dans tous les cas la capacité de la femme : dès lors, il importe qu'un acte en soit dressé, pour servir de titre aux époux et de preuve à tous ceux qui peuvent avoir intérêt à l'invoquer.

SECTION PREMIÈRE. — DES PUBLICATIONS DU MARIAGE PROJETÉ.

§ I. — *Des publications du mariage projeté, c'est-à-dire de la publicité qui précède le mariage.*

Les *publications* sont l'annonce publique du mariage que les parties ont le projet de contracter. [[On les appelle *bans de mariage.* L'origine de ces publications remonte au concile de Trente qui, voulant obvier à la clandestinité du mariage, a prescrit que tout mariage serait précédé de trois publications faites pendant la messe paroissiale trois dimanches ou fêtes consécutives. Leur but est évident, c'est d'inviter ceux qui connaîtraient quelque empêchement au mariage projeté à le dénoncer et à prévenir ainsi le scandale d'une demande en nullité de mariage.]]

I. Qui les requiert et qui les fait. — Elles sont faites, [[dit l'article 130, par le prêtre, ministre ou autre fonctionnaire,]] sur la réquisition des futurs époux et d'après les notes qu'ils lui remettent à cet effet. La réquisition n'est obligatoire pour l'officier de l'état civil qu'autant qu'elle est faite du consentement mutuel des futurs.

II. Comment elles doivent être faites ; — du jour où elles doivent l'être ; — de leur nombre et de l'intervalle qui doit exister entre elles. —[[" L'article 130 dit les publications ordonnées par les articles " 57 et 58 (ce sont les bans de mariage), sont faites par le prêtre, " ministre ou autre fonctionnaire, dans l'église à laquelle appar- " tiennent les parties, au service divin du matin, ou, s'il n'y en a " pas le matin, à celui du soir, à trois dimanches ou jours de fête, " avec intervalles convenables. Si les parties appartiennent à " différentes églises, ces publications ont lieu dans celle de " chacune."

Qu'entend-on par les mots " trois dimanches ou jours de fête, avec intervalles convenables " ? Le juge Loranger, s'appuyant sur le *Rituel de Québec*, répond qu'il doit y avoir au moins deux ou trois jours francs ou ouvrables entre chaque publication. Ainsi, les publications pourraient se faire à deux dimanches et au jeudi de la semaine comprise entre ces dimanches, lorsque ce jeudi est un jour de fête. Mais si le lundi est un jour de fête, on ne saurait faire une publication le dimanche et une autre le lundi.

L'article 130 ajoute que si les parties appartiennent à différentes *églises* (c'est-à-dire à différentes *paroisses*) *(a)*, ces publications se font dans celle de chacune. Mais au bout de quel temps est-on censé appartenir à une paroisse ? Je répondrai à cette question sous le paragraphe qui suit.

III. Des paroisses où les publications doivent être faites. — Elles doivent l'être :

1° *Dans les paroisses où les parties ont leur domicile.*

L'article 130 pose la règle générale en disant que les publications sont faites dans l'église à laquelle appartiennent les parties et si ces parties appartiennent à différentes églises, que les publications se font dans l'église de chacune des parties. Donc les bans de mariage sont publiés dans les paroisses où les parties ont leur domicile. Comme nous le verrons plus loin, le mariage se célèbre, règle générale, au lieu du domicile de l'un des époux. Ce domicile s'établit par une résidence de six mois d'habitation continue dans le même lieu. Si le mariage est célébré ailleurs qu'au domicile, le fonctionnaire qui en est chargé est tenu de vérifier et constater l'identité des parties (art. 63).

(*a*) Le juge Loranger, n° 229, entend par le mot *église* des dénominations religieuses. Bien que cette interprétation soit admissible, je crois que le législateur entendait surtout parler des paroisses, car, dans les autorités citées par les codificateurs, il n'est question que de paroisses. Les articles qui suivent confirment cette interprétation.

Donc, si le domicile est établi par une résidence de six mois d'habitation continue, c'est à ce domicile seul que se feront les publications. Si, au contraire, les parties n'y ont pas encore résidé six mois, on n'y fera pas moins les publications de bans, mais on sera obligé de les faire en outre au dernier domicile des parties. C'est la disposition de l'article 131 qui dit que "si le " domicile actuel des futurs époux n'est pas établi par une " résidence de six mois, au moins, les publications doivent se " faire en outre au dernier domicile qu'ils ont eu dans le Bas-" Canada."

Mais que faut-il entendre par ce mot *domicile?* Nous l'avons vu ailleurs, le domicile étant une relation de droit, une personne peut être domiciliée dans un endroit où elle n'a jamais résidé. De même, elle peut résider dans un endroit, y passer même toute sa vie, sans y être domiciliée. Doit-on quand même publier les bans de mariage à ce domicile où la personne n'a jamais résidé ? Je crois que le législateur envisage ici surtout la résidence, car il veut que la publication se fasse là où la personne est connue et c'est pour cela qu'il exige que ce domicile soit établi par une résidence d'au moins six mois. C'est donc à la résidence que se publient les bans de mariage, sauf le cas où la partie se trouve placée, quant au mariage, sous la puissance d'un autre ; je parlerai de ce cas dans un instant.

Le juge Loranger, n° 233, se demande, quand le domicile n'est pas établi par au moins six mois de résidence et qu'on est obligé, pour cette raison, de faire publier les bans au dernier domicile,—qui de toute évidence doit être un domicile de six mois,—si l'on est tenu de faire les publications à tous les endroits où le futur époux a pu successivement se fixer après qu'il a quitté son dernier domicile de six mois de résidence. Le savant magistrat est d'avis qu'une publication au domicile actuel et au dernier domicile acquis par une résidence de six mois suffit pour répondre au désir du législateur. Cette interprétation me paraît éminemment raisonnable.

L'article 132, pour rencontrer un cas particulier, dit que "si le " dernier domicile est hors du Bas-Canada et que les publications " n'y aient pas été faites, le fonctionnaire qui, dans ce cas, procède " à la célébration du mariage, est tenu de s'assurer qu'il n'existe " entre les parties aucuns empêchements légaux." Cet article est de droit nouveau.

Le juge Loranger, n° 235, entend par les mots "dernier domicile hors du Bas-Canada" un domicile établi par six mois de

24

résidence hors du Bas-Canada. Il me paraît clair que telle est la véritable interprétation de l'article 132. Si les publications n'ont pas été faites à ce dernier domicile en dehors du Bas-Canada, le fonctionnaire est tenu de s'assurer qu'il n'existe aucun empêchement. Comment s'en assurera-t-il ? La loi ne le dit pas, on peut conclure que le fonctionnaire doit agir prudemment et prendre les moyens qu'un homme prudent adopterait pour en arriver à ce résultat. Pouvant, dans ce cas, refuser son ministère, il peut exiger le genre de preuve qui lui paraît le plus convenable. Naturellement, si les publications ont été faites à ce dernier domicile hors du Bas-Canada, la responsabilité du fonctionnaire se trouve à couvert.]]

2° *Dans toutes les* [[*paroisses*]] *où sont domiciliées les personnes sous la puissance desquelles les parties ou l'une d'elles se trouvent encore relativement au mariage.* — [[Notre article 133 dit que " si les parties, ou l'une d'elles, sont, relativement au " mariage, sous la puissance d'autrui, les publications sont encore " faites au lieu du domicile de ceux sous la puissance desquels " elles se trouvent."]] Les personnes sous la puissance desquelles les parties se trouvent encore relativement au mariage sont celles qui ont le droit d'empêcher le mariage en refusant leur consentement, c'est-à-dire les [[père et mère de l'enfant mineur, ou, à défaut de père et mère, le tuteur, ou le curateur si le mineur est émancipé, et, dans le cas de l'enfant naturel mineur, reconnu ou non, le tuteur *ad hoc.*]] Il importe que ces personnes soient averties du projet de mariage, afin qu'elles puissent, si elles le jugent à propos, user de leur droit d'opposition.

Ainsi, lorsque les parties n'ont point vingt et un ans, et que leur domicile est différent de celui de leurs [[père et mère ou à défaut de ceux-ci, de leur tuteur,]] les publications doivent être faites non seulement dans les [[paroisses]] où les parties sont elles-mêmes domiciliées, mais encore dans celles où leurs [[père et mère ou à défaut de ceux-ci, leur tuteur]] ont leur domicile.

En conséquence, il est possible que les publications soient nécessaires *dans* [[*six paroisses*]]. Chacune des parties peut, en effet, avoir une résidence actuelle [[de moins de six mois dans une paroisse et une ancienne résidence, puis des père et mère ou un tuteur domiciliés ailleurs.]]

Il arrivera rarement, au reste, que les parties mineures auront un domicile propre et distinct de celui de leurs ascendants : car, aux termes de l'article 83, le mineur a son domicile chez ses père et mère. Cependant le contraire peut arriver, et c'est alors que

l'article 133 reçoit son application. Ainsi, il s'applique 1° au mineur émancipé qui s'est choisi un domicile particulier et distinct de celui de ses ascendants ; 2° au mineur non émancipé qui est placé sous la tutelle d'une personne autre que son père ou sa mère : dans ce cas, le mineur a le domicile de son tuteur, mais le droit de consentir à son mariage appartient à son père ou à sa mère.

Lorsque l'enfant mineur n'a [[ni père ni mère]], le droit de consentir à son mariage appartient [[à son tuteur, ou s'il est émancipé, à son curateur, lequel doit prendre l'avis du]] conseil de famille légalement formé. C'est donc dans la [[paroisse]] où le [[tuteur ou curateur]] a son domicile que les publications doivent être faites (1).

IV. Enonciations que doivent contenir les bans de mariage. — [[Aux termes de l'article 58, les bans de mariage énoncent " les " prénoms, noms, profession et domicile des futurs époux, leur " qualité de majeurs ou de mineurs, les prénoms, noms, profession " et domicile de leurs pères et mères, ou le nom de l'époux " décédé." Malgré la présence de la conjonction *ou* dans la disposition que je viens de citer, je ne crois pas que l'indication du nom de l'époux décédé dispense de l'énonciation des prénoms, noms, profession et domicile des père et mère, au cas où le veuf ou la veuve qui désire se remarier serait mineure. De plus, comme l'indication du nom de l'époux décédé a pour but d'identifier la partie, il serait bon d'ajouter le domicile et la profession qu'avait cet époux de son vivant.

V. Dispenses de bans de mariage. — L'article 134 du code civil dit qu'" il est loisible aux autorités en possession jusqu'à présent " du droit d'accorder des licences ou dispenses pour mariage, " d'exempter des dites publications."

Pour les catholiques, ce sont les autorités ecclésiastiques, c'est-à-dire l'évêque, qui accordent les dispenses de bans. Pour les protestants, la disposition de l'article 59*a*, ajouté par l'article 5785 des statuts refondus de la province de Québec, s'applique. Cet article dit qu'" en tant qu'il s'agit de la célébration du mariage " par des ministres de l'évangile protestant, les licences *(a)* de ma- " riage sont émises par le département du secrétaire de la pro-

(1) Dem., t. I, p. 295 ; Dur., t. II, n° 230 ; Bug., à son cours ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 377 ; M. Demol., t. I, n° 190.

(*a*) Les protestants appellent *licence* le permis que nous désignons sous le nom de *dispense*.

“ vince, sous le seing et sceau du lieutenant-gouverneur, qui, pour “ les fins de ces licences, est l’autorité compétente en vertu de “ l’article précédent ” *(a)*.

VI. Durée de validité des publications. — Le but des publications étant en même temps d’assurer la publicité du mariage et d’empêcher qu’on ne procède à la célébration d’un mariage dont on pourrait contester plus tard la validité, il importe de fixer un délai passé lequel ces publications devront être renouvelées. La loi s’est montrée libérale, elle accorde un an pour célébrer le mariage. L’article 60 dit que “ si le mariage n’est pas célébré dans l’année “ à compter de la dernière des publications requises, elles ne “ suffisent plus et doivent être faites de nouveau.”

Le juge Loranger, tome Ier, n° 272, se demande si le mariage ayant été arrêté depuis la publication des bans par une opposition rejetée après l’expiration de l’année, les parties peuvent, en représentant la copie du jugement renvoyant l’opposition, faire célébrer leur mariage sans recourir à de nouvelles publications ? Il répond négativement et, je le crois, avec raison. Le texte de l’article 60, en effet, est formel. Sans anticiper sur le sujet des oppositions au mariage, je puis dire que le dispositif de ce jugement aurait autorité de chose jugée entre les parties à l’opposition. S’il est favorable au mariage, une nouvelle opposition faite par les mêmes parties et basée sur les mêmes moyens sera rencontrée par un plaidoyer de chose jugée. Si, au contraire, il déclare que le mariage ne pourra avoir lieu, alors, sur de nouvelles publications, on n’aura qu’à le représenter au fonctionnaire qui ne pourra passer outre au mariage.

L’article 60 ne parle que du cas où il s’est passé une année depuis la dernière publication. Que décider lorsqu’une année s’est écoulée depuis l’obtention de la dispense de publications de bans ? Pour parité de raisons, il faudrait alors, ou bien obtenir une nouvelle dispense, ou bien faire des publications. Voir, dans ce sens, le juge Loranger, tome Ier, n° 275.

Nous trouverons à l’article 157, qui fait partie du chapitre IV, sur les demandes en nullité du mariage, la sanction de la disposition de la loi qui veut que le mariage soit précédé de publications de bans. Je puis dire d’une manière sommaire ici que le fonctionnaire qui procède à un mariage, sans que les publications requises aient eu lieu ou sans que ces publications aient été supplées au moyen de dispense ou de licence, encourt une

(a) L’article 59 que je citerai plus loin.

amende qui n'excède pas cinq cents piastres. Cette amende est recouvrable par action ordinaire suivant les dispositions de l'article 16.

SECTION DEUXIÈME. — DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

Je viens de parler des publications qu'on doit faire avant de célébrer le mariage dans le but d'assurer sa publicité et de donner avis à ceux qui connaîtraient quelque empêchement contre ce mariage d'en faire la dénonciation. Ce sont les préparatifs éloignés du mariage. Il s'agit maintenant de la célébration du mariage même. Je ne diviserai pas le sujet de la même manière que Mourlon, mais je reproduirai son texte aussi souvent qu'il me sera possible de le faire.

I. Pièces qu'on doit remettre au célébrant avant la célébration du mariage. — L'article 57 dit qu'" avant de célébrer le mariage, le " fonctionnaire chargé de le faire se fait représenter un certificat " constatant que les publications de bans requises par la loi ont été " régulièrement faites, à moins qu'il ne les ait faites lui-même, " auquel cas ce certificat n'est pas nécessaire."

Donc, si le célébrant n'a pas fait les publications de bans, il se fait représenter un certificat constatant que ces publications ont été régulièrement faites. Si, au contraire, il les a faites lui-même, l'article ajoute,—ce qui d'ailleurs était superflu,—que ce certificat n'est pas nécessaire. Le juge Loranger, tome Ier, no 269, est d'avis que si ces publications ont été faites dans l'église même où le mariage doit se célébrer, mais par un autre prêtre ou ministre, on pourra se dispenser de ce certificat. Evidemment, si les bans ont été publiés, pour l'un des conjoints, dans une autre église, on doit en produire un certificat.

Ce certificat, aux termes de l'article 58, est signé par celui qui a fait les publications et il contient les mêmes énonciations que les publications elles-mêmes.

Voilà pour le cas où l'on a fait des publications. Dans le cas contraire, l'article 59 dit qu' " il peut cependant être procédé au " mariage sans ce certificat, si les parties ont obtenu des autorités " compétentes, et produisent une dispense ou licence, permettant " l'omission de publications de bans."

Les autorités compétentes, pour les catholiques, je l'ai dit, ce sont les évêques. Pour les protestants, c'est le lieutenant-gouverneur qui émet la licence de mariage sous son seing et sceau par l'entremise du département du secrétaire de la province.

L'article 59*a*, qui contient cette disposition, ajoute que le ministre qui a célébré un mariage sous l'autorité d'une semblable licence, n'est sujet à aucune action ou responsabilité pour dommages ou autrement à raison de l'existence de quelque empêchement légal au mariage, à moins qu'il n'ait eu connaissance de cet empêchement, lors de la célébration du mariage. Il n'était guère nécessaire d'énoncer une conséquence aussi évidente du principe de la responsabilité civile.

Il est une autre pièce qu'on doit produire au célébrant. C'est le jugement de mainlevée d'une opposition qui a pu faire surseoir au mariage projeté. L'article 61 dit qu'" au cas d'opposition, " mainlevée en doit être obtenue et signifiée au fonctionnaire " chargé de la célébration du mariage." Il sera question de ces oppositions plus loin.

Mais sont-ce là toutes les pièces qu'on doit remettre au célébrant ? Les articles 70 à 73 du code Napoléon exigent la remise de plusieurs autres actes. Il y a d'abord l'acte de naissance de chacun des futurs époux. Celui des époux qui serait dans l'impossibilité de se procurer cet acte de naissance, peut le suppléer en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance, ou par celui de son domicile. Cet acte de notoriété contient la déclaration faite par sept témoins, de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des prénoms, noms, profession et domicile du futur époux, et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus ; le lieu, et, autant que possible, l'époque de sa naissance, et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins signent l'acte de notoriété avec le juge de paix ; et s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, il en est fait mention. Cet acte de notoriété est présenté au tribunal de première instance au lieu où doit se célébrer le mariage. Le tribunal, après avoir entendu le procureur de la République, donne ou refuse son homologation, selon qu'il trouvera suffisantes ou insuffisantes les déclarations des témoins, et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance. On doit également, sous l'empire du code Napoléon, produire un acte authentique du consentement des père et mère ou aïeuls et aïeules (on se rappellera qu'on exige le consentement des ascendants en France), ou, à leur défaut, celui de la famille ; cet acte contient les prénoms, noms, professions et domiciles du futur époux et de tous ceux qui auront concouru à l'acte, ainsi que leur degré de parenté.

Il est clair que le célébrant peut exiger qu'on justifie devant

lui de la majorité ou minorité des futurs époux, et, au cas de minorité, il peut, et j'ajouterai qu'il doit demander la preuve du consentement des père et mère ou, le cas échéant, du tuteur quand ces derniers n'assistent pas au mariage. Dans le cas des catholiques, ou d'une partie catholique, l'extrait de baptême prouvera en outre s'il existe ou non entre les conjoints l'empêchement de disparité de culte.

II. Fonctionnaires compétents à célébrer le mariage. — Je me sers de l'expression *fonctionnaire*,— bien qu'il ne convienne pas pour désigner la personne qui est appelée à remplir une mission aussi auguste,— parce que c'est le terme qu'emploie le législateur.

" Sont compétents à célébrer les mariages," dit l'article 129, " tous prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires autorisés " par la loi à tenir et garder registres de l'état civil *(a)*.

" Cependant," ajoute cet article, " aucun des fonctionnaires " ainsi autorisés ne peut être contraint à célébrer un mariage " contre lequel il existe quelqu'empêchement, d'après les doctrines " et croyances de sa religion, et la discipline de l'église à laquelle " il appartient."

Il faut observer ici que l'effet de cet article ou du moins son but, c'est de pourvoir à la célébration du mariage par le prêtre ou ministre du culte que professent les conjoints. Ainsi, comme pour la tenue des registres de l'état civil, le législateur a voulu que chaque religion eût son ministre dont la compétence s'étendrait à tous ceux qui partagent sa foi. En conséquence, le fonctionnaire compétent pour les catholiques, ce sont les prêtres et curés ; pour les protestants, leurs ministres ; pour les juifs leurs rabbins, etc. Cette compétence, qui n'est pas douteuse dans ces limites, s'étend-elle au-delà, de manière à ce que, par exemple, des catholiques puissent se marier devant un ministre protestant et des protestants devant un prêtre catholique ?

La question est délicate, surtout en vue des termes de l'article 129 qui semble consacrer la compétence des fonctionnaires qu'il dénomme pour la célébration de tous les mariages sans distinction.

Pourtant, on ne saurait affirmer que des catholiques puissent, je ne dis pas licitement, mais même validement, se marier devant un ministre protestant. En effet, le décret du concile de Trente, qui veut que le mariage soit célébré devant le propre curé des parties, est en force dans cette province (Loranger, t. 2, n° 224).

(*a*) J'ai rendu compte plus haut, pp. 176 et suivantes, de la disposition assez extraordinaire du statut 57 Vic., ch. 44. Il n'est pas nécessaire d'y revenir.

Le défaut de se conformer à cette exigence, constitue, je l'ai dit, un empêchement dirimant pour les catholiques. Cet empêchement relève du droit canon, et la règle de ce droit oblige tous les catholiques aux termes de l'article 127. Donc un mariage entre deux catholiques devant un ministre protestant est non seulement illicite, mais il est nul.

Nos tribunaux ont affirmé cette doctrine à plusieurs reprises. Dans la cause de *Laramée v. Evans* (25 L. C. J., p. 261 ; 3 L. N., p. 342 ; 5 L. N., p. 51 ; 3 Thémis, p. 206), le juge Jetté a décidé que le seul fonctionnaire compétent à célébrer le mariage de deux catholiques est le propre curé des parties ; que la licence accordée par le représentant du gouvernement civil n'est d'aucune valeur pour dispenser des publications requises pour les catholiques, et qu'en conséquence, le mariage célébré, dans l'espèce, par un ministre protestant, et en vertu d'une simple licence, est un mariage nul et abusivement contracté *(a)*.

Le juge Polette, il y a longtemps, avait décidé la même chose, dans la cause de *Vaillancourt v. Lafontaine* (11 L. C. J., p. 305), même quand le célébrant était un prêtre, autre que le propre curé des parties.

Dans la cause de *Globensky v. Wilson* (M. L. R., 2 S. C., p. 174), le juge Bourgeois a reconnu, comme un empêchement dirimant, la parenté entre deux catholiques au degré de cousin-germain. Or cet empêchement relève du droit canon.

Mais si des protestants se font marier par un prêtre catholique, on paraît concéder la validité du mariage *(b)*. Ce n'est pas donner une compétence plus étendue aux prêtres catholiques qu'aux ministres protestants, mais uniquement parce que cette question de religion et de la célébration du mariage devant le propre curé, n'est pas un empêchement pour les protestants. Il suffit alors de lire l'article 127 pour saisir la portée de cette distinction.

Pour les mariages mixtes, c'est-à-dire le mariage entre une partie catholique et une partie non-catholique baptisée (mais non entre baptisé et non-baptisé, ce qui constituerait un empêchement dirimant pour les catholiques), le juge Loranger (n° 223) dit que le mariage est valide qu'il soit célébré par un prêtre catholique

---

(*a*) Des développements sur cette question importante dépassant la portée d'un ouvrage élémentaire, je me contente de renvoyer, pour ce qui manquerait dans mon exposition du sujet, à la magistrale dissertation de l'éminent juge qui a rendu l'arrêt rapporté dans le texte.

(*b*) Loranger, t. 2, n° 224.

ou un ministre protestant. Ce mariage pourrait être illicite tout en étant très valable.

Donc, en résumé, le fonctionnaire qui est seul compétent pour les mariages entre catholiques, c'est le propre curé ; pour le mariage entre catholique et protestant, ou entre protestants, c'est soit un prêtre catholique, soit un ministre protestant. Il est clair que l'évêque peut célébrer le mariage.

Enfin, dernière remarque. L'article 129 dit que les prêtres, curés, ministres et *autres fonctionnaires* autorisés par la loi à tenir et garder registres de l'état civil, sont compétents à célébrer les mariages. Il ne faudrait pas comprendre, cela est évident, parmi ces *autres fonctionnaires*, ceux qui tiennent un registre spécial, comme celui du secrétaire-trésorier d'une municipalité pour l'enregistrement de la naissance des personnes non-baptisées (art. 53*a*), ou celui qu'on tient dans les communautés religieuses pour y entrer les actes de profession religieuse.

III. Endroit où le mariage doit être célébré. — L'article 63 de notre code se lit comme suit :

63. " Le mariage est célébré au lieu du domicile de l'un des " époux. S'il est célébré ailleurs, le fonctionnaire qui en est " chargé est tenu de vérifier et constater l'identité des parties.

" Le domicile, quant au mariage, s'établit par six mois d'habi- " tation continue dans le même lieu."

L'article 128, qui complète cette disposition, dit que " le ma- " riage doit être célébré publiquement, devant un fonctionnaire " compétent reconnu par la loi."

Donc, règle générale, le mariage doit être célébré au domicile de l'un des conjoints ; exceptionnellement, il peut l'être ailleurs, mais, dans ce cas, le célébrant est tenu de vérifier et constater l'identité des parties. La loi lui laisse le choix des moyens de faire cette constatation.

Mais dans le cas de la règle générale, quel domicile entend-on ? Est-ce le domicile actuel des parties, ou le domicile où ils résident depuis six mois ? La question est controversée en France. Le code Napoléon offre deux dispositions sur ce sujet. L'article 74 qui dit que " le mariage sera célébré dans la commune où l'un des époux a son domicile. Ce domicile s'établit par six mois d'habitation continue dans le même lieu." Sauf la permission de célébrer le mariage ailleurs, en constatant l'identité des parties, l'article 63 de notre code et l'article 74 du code Napoléon sont identiques. Mais le code Napoléon a une autre disposition, l'article 165, qui dit que " le mariage sera célébré publiquement

" devant l'officier civil du domicile de l'une des parties." Notre article 128, qui correspond à l'article 165 du code Napoléon, ne parle pas du domicile des parties.

En France, c'est cette dernière disposition qui cause la difficulté et les commentateurs du code Napoléon ont inventé trois systèmes pour concilier ces deux articles. L'opinion qui semble prévaloir aujourd'hui permet aux époux de choisir, soit l'endroit de leur domicile actuel et légal, encore qu'ils n'y aient pas six mois de résidence, soit l'endroit où ils ont six mois de résidence, bien que leur domicile légal soit ailleurs.

Nous n'avons pas, dans notre droit, de disposition identique à celle de l'article 165 du code Napoléon, ainsi nous restons avec la disposition de l'article 63 de notre code. Aux termes de cet article, il faut décider que, règle générale, le mariage doit se célébrer au domicile acquis par six mois de résidence. Je dis, règle générale, car, ainsi que nous l'avons vu, le mariage peut exceptionnellement se célébrer ailleurs. L'intérêt même de la question que nous nous sommes posée, c'est de savoir quand le célébrant est dispensé de s'assurer de l'identité des parties qui lui produisent toutes les pièces que la loi exige. Il ne sera exempté de cette obligation que lorsque l'un des époux a au moins six mois de résidence dans l'endroit où le mariage est célébré.

Je puis ajouter que puisque les catholiques sont obligés de se marier devant leur propre curé, il faut le consentement de ce dernier ou la dispense de l'évêque pour qu'il leur soit permis de se marier ailleurs.]]

Une dernière question nous reste à examiner : la compétence de l'officier du domicile de l'une des parties est-elle *territoriale* ou *personnelle ?* Une personne qui est domiciliée à Versailles est retenue par une maladie grave à Paris, où elle n'a pas six mois de résidence : le maire de Versailles peut-il se transporter à Paris avec ses registres et y célébrer le mariage ? *(a)* L'affirmative est soutenue. La compétence des officiers de l'état civil n'est point, comme celle des notaires, limitée par la loi à un territoire déterminé (art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI) *(b)* : aucun texte ne l'a circonscrite dans des limites *territoriales :* elle est

(*a*) Un autre prêtre avec le consentement du propre curé, ou de l'évêque, quand il s'agit des catholiques, et n'importe quel ministre, au cas des non-catholiques, peut célébrer le mariage. Mais il ne saurait transporter ses registres en dehors de la paroisse. L'acte de mariage sera entré dans les registres de l'église où le mariage est célébré.

(*b*) Ici la compétence des notaires s'étend à toute la province.

donc *personnelle !* Tout ce que la loi veut, c'est que le mariage soit célébré par l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties *(a)*.

Cette différence entre la compétence *territoriale* des notaires et la compétence *personnelle* des officiers de l'état civil a, d'ailleurs, sa raison d'être. Les parties ne sont pas obligées de contracter chez le notaire de leur domicile : elles peuvent, partout où elles se trouvent, contracter valablement devant le notaire du lieu. Il n'en est pas de même en matière de mariage : les parties ne peuvent, en effet, se marier que devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une d'elles *(b)*. Il importe donc qu'il puisse se transporter dans la commune où elles sont accidentellement retenues. Autrement, les mariages *in extremis*, que la loi permet, seraient souvent impossibles (1) *(c)* !

Dans une autre opinion, la compétence de l'officier de l'état civil est *purement territoriale*. Nul, en effet, ne peut se marier ailleurs que dans la commune où l'une des parties a son domicile, et devant l'officier de l'état civil de cette commune : l'article 74 C. N. est formel sur ce point *(d)*. Cette rigueur de la loi sera, sans doute, fort regrettable dans certaines hypothèses : il y a là peut-être une lacune à déplorer ; mais l'imperfection de la loi n'autorise point à la violer (2) *(e)*.

Ainsi, dans ce système, la célébration d'un mariage par l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties, mais hors sa commune, est *irrégulière*. Faut-il en conclure que le mariage est *nul* ? [[Cette question ne peut même pas se poser dans notre droit.]]

---

(1) MM. Aubry et Rau, t. V, § 467, notes 19 et 20 ; Val., à son cours.

(2) Dem., t. I, p. 337 ; Dur., t. II, nos 340-343 ; MM. Demol., t. I, n° 207 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 165 ; Laurent, t. II, n° 482.

(a) Pas nécessairement dans notre droit.

(b) Il n'en est pas de même dans notre droit.

(c) Le mariage *in extremis* serait entré ici dans les registres du lieu où il est célébré. Ajoutons que dans notre droit, il n'est pas absolument nécessaire que le mariage se célèbre au domicile de l'un des époux.

(d) Comme je l'ai dit, notre article 63, qui correspond à l'article 74 du code Napoléon, permet de faire célébrer le mariage ailleurs qu'au domicile de l'une des parties.

(e) Voir ce qui a été dit de la compétence territoriale des officiers de l'état civil, *supra*, p. 167, en note.

IV. Formalités de la célébration du mariage. — [[Nous avons étudié les préliminaires du mariage et les conditions de sa validité. Il me reste à expliquer les formalités du mariage lui-même et de sa célébration.

L'article 128 dit que le mariage doit être célébré publiquement, devant un fonctionnaire compétent reconnu par la loi. J'ai dit quels sont ces fonctionnaires, je vais maintenant faire voir ce qu'est un mariage célébré *publiquement*, — car l'article 128 veut que la célébration du mariage soit *publique*.

Remarquons d'abord que ce mot fut l'objet d'un dissentiment parmi les codificateurs. Un des commissaires, le juge Day, craignait que le mot *publiquement* ne fût interprété comme exigeant que la célébration se fît *en face d'Église*, c'est-à-dire dans une église, et il objectait, qu'à part les anglicans, les autres protestants faisaient rarement célébrer leurs mariages à l'église. Les autres commissaires, au contraire, adoptaient le mot *publiquement* parce qu'il a une certaine élasticité et ils représentaient, comme ayant été célébrés *publiquement*, les mariages qui auraient été célébrés d'une manière ouverte et dans le lieu où ils se célèbrent ordinairement, d'après les usages de l'église à laquelle les parties appartiennent.

Cependant, le juge Loranger (t. 2, n° 219) observe qu'aucun des commissaires ne s'est fait une idée exacte de la nature de la publicité exigé par la loi. Le juge Day, dit-il, s'est opposé au mot *publiquement*, par une crainte vague que l'article ainsi rédigé ne froissât les usages des sectes protestantes accoutumées à célébrer le mariage en dehors des églises, tandis que les autres commissaires, grâce à l'élasticité de ce mot et à son extension plus ou moins grande, l'ont adopté dans l'espérance, non moins indéfinie, qu'il ne blesserait les usages de personne.

Pour se rendre compte du sens des mots *célébration publique*, il faut, dit le savant magistrat, se rapporter au temps où ont écrit les auteurs (ceux de l'ancien droit en France) qui les ont employés. " Ils écrivaient sous une loi qui ne connaissait comme valable " que le mariage fait devant le propre curé, et dans les pays sou- " mis à une religion d'État, c'est-à-dire la religion catholique, qui " ordonne à ses ministres de célébrer, hormis des cas exception- " nels, le mariage dans les églises. La célébration en face d'église, " considérée comme équivalente de la célébration publique, n'a " donc dans leur langage, qu'une valeur de convention, détermi- " née par un usage non contesté et exclusive du mariage clandes- " tin, contracté hors la présence du curé, et non dans un sens " doctrinal, faisant purement et simplement de la célébration du " mariage en face d'église, un élément essentiel de sa validité."

Le juge Loranger interprète le mot *publiquement* comme voulant dire que le mariage doit être célébré d'une manière non clandestine et devant un fonctionnaire compétent. Il en n'exige que la célébration se fasse dans une église, mais elle doit se faire devant un fonctionnaire dont la compétence est reconnue par la loi. L'article 128 veut prévenir la clandestinité, c'est pourquoi le code civil requiert des publications du mariage projeté, et la présence du fonctionnaire tend à prévenir la clandestinité. L'article 64 paraît également exiger que le mariage soit célébré en présence d'au moins deux témoins. Le droit canon, comme on le verra par la citation du décret du concile de Trente, que je vais faire, veut formellement que le mariage soit célébré en présence de deux ou trois témoins. Ce décret n'oblige bien entendu que les catholiques.

Donc, tout mariage qui n'est pas célébré devant un fonctionnaire compétent est nul. Il faut donc tenir comme nuls les mariages consensuels contractés par *paroles de présent (a)* et le mariage par *paroles de futur* suivi de copulation *(b)*, ainsi que ce qu'on pourrait appeler le mariage présumé, à cause de la cohabitation publique d'un homme et d'une femme comme mari et femme (voir, cependant, l'article 162 quant à ce dernier mariage). En un mot, tout mariage autre que celui qui est célébré devant un fonctionnaire compétent est complètement nul, car il lui manque des conditions essentielles pour sa validité

J'ai dit que, pour les catholiques, le mariage doit être célébré devant le propre curé des parties. Je vais maintenant citer le décret du Concile de Trente, session 24, concernant les mariages clandestins, qui pose cette règle *(c)*.

" Quoiqu'il ne faille pas douter que les mariages clandestins " faits par le libre consentement des parties contractantes, ne

---

(*a*) Par *mariage consensuel*, on entend le mariage que contracteraient un homme et une femme en déclarant qu'ils se prennent réciproquement pour mari et femme, et cela sans l'intervention d'aucun officier.

(*b*) Par mariage par *paroles de futur*, on entend l'engagement que contracteraient un homme et une femme de se prendre pour mari et femme, engagement qui serait suivi de la copulation des fiancés. Ces mariages, ainsi que les mariages consensuels, paraissent avoir été reconnus comme valables, quoique illicites, avant le concile de Trente. C'étaient des mariages clandestins.

(*c*) Je cite ce décret d'après la traduction de l'Appendice au Rituel Romain à l'usage des provinces ecclésiastiques de Québec, Montréal et Ottawa, p. 61. Remarquons, aussi, que ce décret est connu sous le nom de décret *Tametsi*.

" soient de vrais et valides mariages, tant que l'Église ne les a " pas rendus invalides *(a)*, et que par conséquent il faille con- " damner, comme le saint concile les frappe d'anathème, ceux qui " nient que ces mariages soient vrais et valides, et qui assurent " faussement que les mariages contractés par les enfants de " famille sans le consentement de leurs parents sont nuls, et que " les pères et mères ont le pouvoir de les rendre ou valides ou " nuls *(b)*; néanmoins la sainte Église pour de très justes causes " les a toujours détestés et défendus. Mais le saint concile, " s'apercevant que ces défenses sont devenues inutiles par la " désobéissance des hommes, et considérant les péchés énormes " que causent ces mariages clandestins, surtout par rapport à ceux " qui demeurent en état de damnation, lorsque, ayant quitté la " première femme avec laquelle ils avaient contracté mariage en " secret, ils se marient publiquement avec une autre et vivent " avec elle en continuel adultère,—auquel désordre, l'Église, qui " ne juge pas des choses cachées, ne peut apporter de remède, si " elle n'a recours à quelque moyen plus efficace;—le saint " concile, conformément à celui de Latran, célébré sous Innocent " III, ordonne qu'à l'avenir, avant que l'on contracte mariage, le " propre curé des parties contractantes dénoncera publiquement " dans l'Église, à la grand'messe, par trois jours de fête, les noms " de ceux entre qui doit être contracté le mariage; et, les publi- " cations étant faites, si l'on n'y forme aucun empêchement " légitime, il sera procédé à la célébration du mariage en face de " l'Église, où le curé, après avoir interrogé l'époux et l'épouse, et " avoir pris leur mutuel consentement, dira: " Je vous unis " ensemble par le lien du mariage, au nom du Père, et du Fils " et du Saint-Esprit"; ou bien il se servira d'autres paroles, " suivant l'usage reçu en chaque pays......

" Quant à ceux qui entreprendraient de contracter mariage " autrement qu'en présence du curé, ou de quelque autre prêtre " avec la permission du curé ou de l'Ordinaire, et de la présence " de deux ou trois témoins; le saint concile les rend absolument " inhabiles à contracter de la sorte, et ordonne que les mariages " ainsi contractés soient tenus pour nuls et invalides, comme par " le présent décret il les rend nuls et invalides.

(*a*) C'est ce que l'Eglise a fait par ce décret qui déclare que les mariages clandestins contractés avant cette défense sont valides.

(*b*) Le droit civil, articles 119 et 150, regarde comme empêchement dirimant ce qui n'est qu'empêchement prohibitif au yeux du droit canon.

" De plus, il veut et ordonne que le curé, ou autre prêtre, qui " aura été présent à un tel contrat avec un moindre nombre de " témoins qui auront assisté sans curé ou autre prêtre, et aussi " les parties contractantes, soient punis sévèrement, à la discré- " tion de l'Ordinaire.

" Le même saint concile exhorte encore l'époux et l'épouse à " ne point demeurer ensemble dans une même maison avant " d'avoir reçu dans l'Église la bénédiction du prêtre ; il veut aussi " et ordonne que la bénédiction soit donnée par le propre curé, et " que nul autre que le curé ou l'Ordinaire ne puisse accorder à un " autre prêtre la permission de donner cette bénédiction, nonobs- " tant tout privilège et toute coutume qu'on doit plutôt appeler " un abus qu'un usage......

" Et afin que personne n'ignore de si salutaires ordonnances, " le saint concile enjoint à tous les Ordinaires d'avoir soin de faire " publier au plus tôt et expliquer ce décret au peuple, dans chaque " église paroissiale de leurs diocèses, et de faire réitérer très sou- " vent cette publication la première année, et dans la suite comme " ils le jugeront à propos. De plus, il ordonne que ce décret " commence d'avoir force dans chaque paroisse après trente jours, " à partir de celui où la première publication y aura été faite."

En écartant ce qui est de simple conseil ou exhortation, les conditions de validité pour le mariage des catholiques, aux termes de ce décret, sont :

1° Que le mariage soit célébré devant le propre curé des parties, ou devant un autre prêtre avec le consentement de ce curé ou de l'Ordinaire.

2° Que le mariage soit célébré en présence d'au moins deux ou trois témoins.

Le décret ordonne également la publication de bans de mariage, mais le défaut de publications ne constitue qu'un simple empêchement prohibitif et n'invalide pas le mariage.

V. Mariage contracté hors de la province de Québec. —L'article 135 du code civil dit que " le mariage célébré hors du Bas-Cana- " da entre deux personnes sujettes à ses lois, ou dont l'une seulement " y est soumise, est valable, s'il est célébré dans les formes usitées " au lieu de la célébration, pourvu que les parties n'y soient pas " allées dans le dessein de faire fraude à la loi."

Cette article n'est que l'application du principe de l'article 7 qui dit que " les actes faits ou passés hors du Bas-Canada sont valables, " si on y a suivi les formalités requises par les lois du lieu où ils " sont faits ou passés."

Remarquons que l'article 135 prévoit le cas où les conjoints, ou l'un des deux, sont sujets aux lois du Bas-Canada, et ils le sont lorsque ces conjoints, ou l'un d'eux, sont domiciliées dans la province. Si les conjoints ne sont pas sujets à nos lois, bien entendu que leur mariage est valide ici, aux termes de l'article 7, s'il est valide au lieu de la célébration. Les lois du Bas-Canada, dont il est question ici, ce sont les lois concernant le mariage, et ces lois obligent les personnes qui sont domiciliées en cette province. Remarquons, en outre, qu'il ne s'agit ici que des formes de la célébration. Donc, comme nous le verrons plus loin, la disposition de cet article ne rendrait pas valide un mariage contracté à l'étranger, entre personnes sujettes à nos lois, qu'un empêchement dirimant, prévu par nos lois, rendrait inhabiles à contracter mariage ensemble.

Le but, donc, de l'article 135, c'est de rendre valable le mariage contracté à l'étranger par deux personnes dont l'une, ou les deux, sont domiciliées en cette province, pourvu qu'on ait suivi les formes usitées au lieu de la célébration et que les parties ne s'y soient pas rendues dans le dessein de frauder la loi.

Mais la fraude, qui forme une exception à toutes les règles, est, ainsi que je viens de le dire, expressément déclarée constituer une exception à la règle que je viens d'énoncer. Qu'est-ce que cette fraude? Il faut tenir que le simple désir de contracter mariage dans un endroit où les formes à suivre sont moins rigoureuses que les nôtres, ne constituerait pas, par lui-même, une fraude, bien que ce désir ou cette intention pourrait être un élément de fraude. On peut dire que la fraude que l'article 135 a en vue, c'est le fait de conjoints qui vont contracter mariage à l'étranger pour l'unique raison que ce mariage serait illicite ou invalide ici et que ces conjoints ne pourraient pas faire célébrer leur mariage en cette province. Donc, la fraude peut résulter d'un simple empêchement prohibitif. Par exemple, on aurait fait une opposition à leur mariage et les conjoints, empêchés à raison de cette opposition de se marier ici, iraient se marier à l'étranger *(a)*.

(*a*) L'opposition au mariage constitue par elle-même un simple empêchement prohibitif, indépendamment des motifs qu'elle allègue. Cependant, si cette opposition était manifestement mal fondée et constituait une véritable persécution de la part de personnes malveillantes, je ne serais pas disposé à qualifier d'acte frauduleux le fait d'aller se soustraire à cette persécution par un mariage contracté à l'étranger. Mais je suppose là un cas extrême, car, règle générale, et pour ainsi dire universelle, on ne peut ainsi se moquer d'une opposition régulièrement instituée; ce serait pour le moins un acte de mépris pour l'autorité appelée à vider la contestation soulevée.

Si le fait d'aller se marier à l'étranger pour se soustraire à un empêchement prohibitif constitue un acte frauduleux, ou du moins une présomption de fraude, à plus forte raison la fuite à l'étranger, pour éviter un empêchement dirimant non reconnu par la loi étrangère, serait la fraude à la loi dont parle l'article 135. Mais alors le mariage serait nul pour une autre raison, et à cause de l'existence de cet empêchement dirimant. Ainsi deux cousins-germains catholiques sont empêchés, en cette province, de se marier ensemble sans dispense. Cet empêchement est dirimant et il annulerait le mariage contracté à l'étranger entre deux catholiques soumis à nos lois, qu'il y ait eu fraude ou non. Mais, à ce sujet, faisons une observation capitale. Le but de l'article 135 est de dispenser, de l'observation des formes du mariage consacrées par nos lois, les personnes domiciliées en cette province qui vont sans fraude se marier à l'étranger. Or quelques-unes de ces formes sont telles que l'inobservation devient une cause de nullité, — ce qui revient à dire qu'il y a des formes dont la violation constitue un empêchement dirimant et a l'effet de rendre invalide le mariage contracté sans s'y soumettre. Il faut donc distinguer l'empêchement dirimant de forme, et l'empêchement dirimant de substance ou de fond. L'article 135 dispense des empêchements dirimants de forme, quand il n'y a pas de fraude, mais ne lève pas les empêchements dirimants de substance.

Un exemple rendra cette distinction claire. Les catholiques, avons-nous dit, doivent se marier devant leur propre curé. Le défaut de se conformer à cette loi constitue un empêchement dirimant de forme, puisqu'il s'agit des formes de la célébration du mariage. Or si, sans fraude, des catholiques vont se marier à l'étranger, ils peuvent validement y contracter un mariage même clandestin, si ce mariage est reconnu comme valable dans le lieu de la célébration *(a)*. Mais supposons le cas d'un empêchement dirimant de substance. Par exemple, telle est la disposition de notre loi qui rend inhabiles à contracter mariage ensemble, l'oncle et la nièce. Que ces personnes, ou l'une d'elles, domiciliées ici et, partant, soumises à nos lois, aillent, même sans fraude, contracter mariage dans un pays étranger dont la loi permet de semblables unions : ce mariage sera nul, parce qu'il est frappé d'un empêchement dirimant de substance.

(*a*) Je ne puis faire plus que poser ces principes. J'engage, cependant, le lecteur à lire le lumineux commentaire du juge Loranger sur l'article 135. Il y est question du *quasi-domicile*, qui, aux termes du droit canon, doit être acquis dans le lieu de la célébration ; la loi civile n'exige pas ce *quasi-domicile*.

Bien entendu, on doit suivre les formes du lieu de la célébration. D'après le droit canon, si le décret *Tametsi* du concile de Trente a été publié dans ce lieu, on devra, dans le cas des catholiques, se marier devant le curé de l'endroit. L'article 135 pose une règle plus large, en se contentant des formalités usitées au lieu de la célébration.

L'article 135, je l'ai dit plus haut, ne s'applique qu'aux personnes qui sont soumises à nos lois. Or, les lois concernant le mariage ne régissent que ceux qui sont domiciliés ici (conséquence de l'article 6). La détermination de ce domicile peut être une question assez délicate. Il faut, pour que le domicile à l'étranger puisse se substituer au domicile dans cette province, le concours des lois du pays étranger et de nos lois. Ainsi, le simple fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, avec l'intention d'y fixer son principal établissement, constitue un changement de domicile d'après l'article 80. Mais, dans le cas d'un domicile que l'on veut acquérir à l'étranger, il faut que l'on ait réellement acquis ce domicile suivant la loi étrangère. Car on conserve l'ancien domicile tant qu'on n'en a pas acquis un nouveau. Donc, si les conjoints ont abandonné leur domicile dans le Bas-Canada, mais n'ont pas encore acquis un domicile suivant la loi du pays où ils se sont fixés, ils restent soumis à nos lois *(a)*.

Il n'y a que peu d'arrêts dans nos rapports sur l'application de l'article 135. Le plus important, c'est celui de la cour d'appel dans la cause de *Languedoc & Laviolette* (8 L. C. R., p. 257). En septembre 1849, Georges Languedoc et Adèle Baudry, tous deux domiciliés dans le Bas-Canada et cette dernière mineure de dix-sept ans, allèrent secrètement se marier aux Etats-Unis. Le mariage ne fut pas précédé de bans, ni autorisé par le tuteur de la mineure, le nommé Laviolette. De retour dans le pays, les époux, pour faire réhabiliter leur union, contractèrent mariage devant leur propre curé, après avoir au préalable fait un contrat de mariage auquel assista Laviolette et qui stipulait séparation de biens entre les époux.

Plus tard la femme, en qualité de femme séparée de biens et avec l'assistance de son époux, demanda en justice à Laviolette un compte de tutelle. Ce dernier, par une fin de non recevoir, mit en question la qualité prise par la femme, alléguant que le

---

(*a*) Il a été question plus haut du domicile matrimonial établi par six mois de résidence. L'acquisition de ce domicile matrimonial ou d'un domicile suffisant pour le mariage, sera réglée aux termes de la loi étrangère.

premier mariage, contracté aux Etats-Unis, était valide, ce qui entraînait la nullité du contrat de mariage. Les demandeurs répondirent que le premier mariage était absolument nul comme étant entâché de clandestinité, à raison du défaut de consentement du tuteur, de l'omission de bans de mariage, et de l'absence du propre curé. Ils plaidèrent de plus qu'à cause de ces empêchements et des circonstances du mariage, il y avait eu fraude à nos lois. La cour supérieure, cependant, maintint le premier mariage comme valide, mit de côté le contrat de mariage, et ce jugement fut confirmé en appel, malgré le dissentiment du juge Alywin.

Le juge Loranger (t. 2, nos 251-4) critique vivement cette décision. Cependant, observons que les parties ne pouvaient elles-mêmes, aux termes de l'article 150, opposer l'invalidité du premier mariage pour défaut de consentement du tuteur ; ce dernier, seul, pouvait demander la nullité du mariage à ce titre. L'objection de clandestinité, savoir, l'absence du propre curé, était plus sérieuse, elle pouvait être invoquée par les parties elles-mêmes aux termes de l'article 156 ; mais c'est là un empêchement dirimant de forme, et c'est de ces empêchements dirimants de forme, ainsi que je viens de le dire, que l'article 135 dispense, quand le mariage a été contracté à l'étranger sans fraude. Les circonstances de la cause me paraissent démontrer que fraude fut faite à la loi, mais les époux pouvaient-ils plaider leur propre fraude ? Une vieille maxime dit *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Cette considération, en écartant les raisons assez discutables données par la cour, pourrait peut-être justifier l'arrêt qui a été rendu.

Dans la cause de *Connolly v. Woolrich* (11 L. C. J., p. 197), le juge Monk a décidé qu'un mariage contracté dans un endroit où il n'y avait ni prêtre, ni magistrat, ni aucune autorité civile ou religieuse, ni registres de l'état civil, peut être établi par preuve testimoniale et, dans ce cas, l'admission des parties, quand les époux ont été réputés mari et femme et ont longuement cohabité est la meilleure preuve possible. Il a également jugé qu'un mariage indien contracté suivant les usages des sauvages du Nord-Ouest, lorsque les époux ont cohabité ensemble, ont élevé une nombreuse famille et ont été réputés mari et femme, constitue un mariage valide. Ce jugement, sous le titre de *Johnstone & Connolly*, a été confirmé par la cour de revision et par la cour d'appel. Le jugement de ce dernier tribunal, rapporté au 1er volume de la *Revue Légale*, p. 254, est un véritable traité de

droit sur cette matière. Feu le juge T. J. J. Loranger faisait partie de la cour d'appel et était d'avis d'infirmer le jugement *(a)*.

Je vais maintenant reproduire le commentaire de Mourlon, qui parle de l'acte qui doit être dressé du mariage, et discute, en outre, la question intéressante de savoir à quel moment précis le mariage est formé.]]

VI. A quel moment le mariage est-il formé?— Il importe de fixer avec précision le moment à partir duquel le mariage est formé.

Il est évident qu'il ne l'est pas tant que les parties n'ont point, sur les interrogations qui leur ont été faites, déclaré leur intention de se prendre pour mari et femme.

Cette double déclaration ne suffit même pas pour le former; il faut de plus que l'officier de l'état civil prononce, au nom de la loi, que les parties sont unies par le lien du mariage *(b)*. Mais, après ce prononcé, le mariage existe. Il existe dès ce moment: car l'acte de célébration qui doit être immédiatement rédigé n'est pas un élément essentiel et constitutif du contrat de mariage, mais seulement un moyen de preuve (1).

Concluons-en que le mariage est et reste valable: 1° lorsque l'une des parties, après le prononcé du mariage et avant la rédaction de l'acte de célébration, meurt subitement; 2° lorsque l'une d'elles ou toutes les deux refusent de le signer. L'officier de l'état civil mentionne alors, dans l'acte de célébration qu'il dresse, la cause de l'absence de la signature de l'une ou de l'autre des parties.

VII. Quelles énonciations doit renfermer l'acte du mariage. — [[L'article 65 de notre code dit:

" L'on énonce dans cet acte:

" 1° Le jour de la célébration du mariage;

" 2° Les noms et prénoms, profession et domicile des époux, " les noms du père et de la mère, ou de l'époux précédent;

---

(1) Dem., t. I, p. 336; Bug., Val.,; MM. Demol., t. I, n° 213; Laurent, t. II, n° 428.

(*a*) Le lecteur pourra consulter les différents rapports de la cause de *Fraser & Pouliot* où il est question d'un mariage qu'on prétendait avoir été contracté au Nord-Ouest suivant les usages des sauvages. Le jugement de la cour supérieure est rapporté au 13e vol. de la *Revue Légale*, p. 1, celui de la cour d'appel, à la page 520 du même volume, et celui de la cour suprême, 4 Supreme Court Reports, p. 515 et 12 Q. L. R., p. 327.

(*b*) Chaque église a, en ce pays, sa formule particulière. Celle de l'église catholique est indiquée par le décret *Tametsi* du concile de Trente. Voir, *supra*, p. 382.

" 3° Si les parties sont majeures ou mineures ;

" 4° Si elles sont mariées après publications de bans ou avec " dispense ou licence ;

" 5° Si c'est avec le consentement de leurs père et mère, tuteur " ou curateur, ou sur avis du conseil de famille, dans les cas où " ils sont requis ;

" 6° Les noms des témoins, et, s'ils sont parents ou alliés des " parties, de quel côté et à quel degré ;

" 7° Qu'il n'y a pas eu d'opposition, ou que mainlevée en a " été accordée."

L'article 64 de notre code civil, qui n'existe pas dans le code Napoléon, dit que " l'acte du mariage est signé par celui qui l'a " célébré, par les époux, et par au moins deux témoins, parents " ou non, qui y ont assisté ; quant à ceux qui ne peuvent signer, " il en est fait mention."]]

CHAPITRE III. — DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

I. Ce que c'est que l'opposition au mariage. — L'opposition est l'acte par lequel certaines personnes, qui ont qualité à cet effet, font, par ministère d'huissier, défense à un officier public de célébrer un mariage.

L'officier public auquel l'opposition est notifiée ne doit point célébrer le mariage, tant que les futurs époux ne lui en rapportent pas la *mainlevée.* S'il passe outre, il se rend passible [[en France]] d'une amende de 300 francs et de tous dommages et intérêts *(a).*

II. Combien il y a d'espèces d'oppositions. — J'en distingue deux : l'opposition proprement dite ou *légale*, et l'opposition improprement dite ou *officieuse.*

La première est celle qui est formée à la requête d'une per-

(*a*) Dans notre code, l'amende paraît être celle de l'article 53, c'est-à-dire une amende qui n'excède pas quatre-vingt piastres et n'est pas moins de huit, et cela parce que la seule disposition sur les oppositions qui se rapporte au fonctionnaire est l'article 61 qui se trouve dans le titre des actes de l'état civil. Mais je dois ajouter que je ne crois pas qu'on puisse faire infliger une amende au fonctionnaire qui procède à un mariage mépris d'une opposition, car aucun texte formel ne lui défend de le faire. Mais il se rendrait coupable d'un acte de mépris pour l'autorité de la cour et passible des peine que la cour peut infliger. Je reviendrai sur cette question en parlant des effets de l'opposition.

sonne ayant qualité à cet effet, dans les cas et dans les formes déterminés par la loi.

La deuxième est celle qui est formée par une personne à laquelle la loi n'a pas accordé ce droit, ou par une personne ayant qualité à cet effet, mais en dehors des cas que la loi a prévus, ou des formes qu'elle a prescrites. Je m'explique.

L'opposition a une sanction pénale contre l'officier public qui passe outre. S'il la méconnaît, il est puni, alors même qu'il a agi de bonne foi, c'est-à-dire dans la croyance qu'elle n'était pas fondée, et encore bien qu'elle ne le fût réellement pas. Or, pour qu'elle ait cet effet, il faut qu'elle soit formée : 1° par une personne ayant qualité pour se constituer opposant ; 2° pour l'une des causes et selon les formes déterminées par la loi. Telle est l'opposition que j'appelle *légale*.

Les personnes auxquelles la loi ne confère pas le droit d'opposition peuvent, sans doute, lorsqu'elles croient à l'existence d'un empêchement au mariage, en donner avis à l'officier public ; elles le peuvent faire soit verbalement, soit par lettre, soit même par exploit d'huissier. Mais, quelle que soit la forme qu'elles adoptent, l'acte qu'elles font ne constitue point une opposition *avec sanction pénale* contre l'officier public qui ne la respecte pas. Ainsi, quoiqu'il passe outre, il n'encourt aucune peine, si l'empêchement sur lequel repose leur opposition est ensuite reconnu inexistant. Dans le cas contraire, il sera puni, sans doute ; mais ce ne sera pas parce qu'il aura méprisé l'opposition : ce sera conformément au droit commun, c'est-à-dire parce qu'il aura *sciemment* célébré un mariage dont la loi défendait la célébration. Telle est l'opposition que j'appelle *officieuse*.

Et ce que j'ai dit de l'opposition formée à la requête d'une personne n'ayant point qualité à cet effet, je le dis également de celle qui a été formée par une personne ayant qualité pour cela, mais en dehors des cas prévus par la loi ou des formes qu'elle a prescrites.

Ainsi, l'opposition *légale* engage dans tous les cas la responsabilité de l'officier public qui la viole : quel que soit l'événement, et alors même que les motifs mis en avant par l'opposant sont dénués de tout fondement, l'officier public est puni lorsqu'il passe outre. Il doit donc, s'il est prudent, refuser de procéder au mariage, alors même qu'il est convaincu que les motifs qu'elle énonce n'ont rien de sérieux.

L'opposition *officieuse*, au contraire, n'a qu'un effet : si l'empêchement sur lequel elle est fondée existe réellement, elle consti-

tue *en état de mauvaise foi* l'officier public qui, l'ayant reçue, n'en tient aucun compte. Mais, si elle paraît dénuée de tout fondement, s'il a la conviction que l'empêchement invoqué par l'opposant n'existe pas, et si, en fait, il n'existe point d'empêchement, il peut, sans danger pour lui, passer outre : cet acte d'autorité ne le soumet à aucune peine. — Je reviendrai sur ce point.

III. De l'utilité des oppositions. — La loi a organisé plusieurs empêchements au mariage : les empêchements *dirimants* et les empêchements *prohibitifs*. L'officier de l'état civil qui, les connaissant, passe outre, s'expose à des dommages et intérêts ; il encourt, en outre, dans certains cas, la peine de l'amende [[par exemple, dans le cas de l'article 157.]] Ces peines assurent déjà l'observation des empêchements que la loi apporte au mariage ; mais elles ne suffisent pas toujours. L'officier de l'état civil peut, en effet, ne pas connaître les empêchements qui s'opposent à l'union projetée entre les parties, et, dans l'ignorance où il est à cet égard, prêter son ministère à un acte frauduleux. Il importe donc que certaines personnes qui, par leur position, en sont naturellement instruites, puissent lui en donner avis ; autrement, rien ne serait plus facile que d'éluder les empêchements prohibitifs. Le droit d'opposition, qui concourt à les faire observer, en est donc la sanction nécessaire. Quant aux empêchements dirimants, leur violation eût amené sans doute la nullité du mariage ; mais mieux vaut *prévenir* que *punir !*

[[Il y a une différence entre le droit français et notre droit qui mérite d'être signalée. En France,]] les *ascendants* ont un droit absolu d'opposition au mariage de leurs enfants ; il leur est permis de l'exercer *pour quelque cause que ce soit*, c'est-à-dire encore que le motif sur lequel ils la fondent ne constitue ni un empêchement dirimant ni même un empêchement prohibitif. Ce qui revient à dire qu'ils peuvent s'opposer au mariage *alors même que les parties réunissent toutes les conditions et qualités pour contracter un mariage valable.* Cette opposition, il est vrai, ne réussira pas, si l'enfant contre lequel elle est formée en demande la mainlevée ; mais elle nécessite un procès, et un procès ne se vide pas en quelques instants. Elle a donc cet effet de suspendre, pendant un certain temps, la célébration du mariage. Or, c'est beaucoup que de gagner du temps : car l'union projetée par l'enfant, quoique licite selon la loi, peut être fort compromettante pour lui et sa famille. Les délais qu'entraîne l'opposition donnent aux ascendants le temps dont ils peuvent avoir besoin pour venir au secours de l'enfant qui, dominé par

des entraînements déréglés, est sur le point de contracter un mariage honteux. Le temps est une grande ressource contre les passions aveugles.

[[Ces considérations n'ont pas trouvé faveur dans notre droit, Il est vrai que les père et mère peuvent former une opposition au mariage de leur enfant mineur, en n'alléguant que la minorité et le défaut de consentement. Mais cette minorité et l'absence de consentement constituent, dans le droit civil, un empêchement dirimant. En France, les ascendants peuvent faire opposition au mariage de leurs enfants qui ont dépassé même l'âge de vingt-cinq ans. Il n'y a donc pas un droit *absolu* d'opposition dans notre législation.]]

Les collatéraux (non pas tous, mais quelques-uns), [[ainsi que l'aïeul et l'aïeule]] peuvent, il est vrai, s'opposer au mariage de leur parent ; mais leur droit est limité *à certains cas déterminés*. Leur opposition n'est admissible qu'autant qu'elle est fondée sur l'un ou l'autre de ces deux empêchements dirimants : 1° *absence* [[*de consultation*]] *du conseil de famille*, lorsque le futur époux au mariage duquel ils s'opposent est mineur ; 2° *état de démence, d'imbécilité* ou de *fureur*, dans lequel ils prétendent que leur parent est tombé (art. 139).

En somme, les [[père et mère]] peuvent, dans tous les cas, s'opposer au mariage de leur enfant [[mineur.]]

Les collatéraux, [[ainsi que l'aïeul et l'aïeule]], au contraire, ne le peuvent que dans certains cas. Ainsi : 1° leur opposition n'est valable qu'autant qu'elle est *motivée*, c'est-à-dire qu'autant qu'ils la fondent sur un empêchement légal dont ils affirment l'existence ; 2° il ne leur est point permis de la motiver sur un empêchement légal *quelconque :* elle n'est valable qu'autant qu'ils la fondent sur l'absence [[de consultation]] du conseil de famille ou sur la démence de leur parent. L'opposition motivée sur un empêchement légal d'une autre nature, par exemple, sur l'impuberté de leur parent ou sur l'existence d'un premier mariage, est nulle et de nul effet.

Cette différence entre les [[père et mère]] et les collatéraux [[et autres ascendants que le père et la mère]] s'explique facilement. Le droit d'opposition, si étendu qu'il soit, ne présente aucun danger dans les mains des [[père et mère]] : leur tendresse pour leur enfant est une garantie toute naturelle de leur bonne foi *(a)*. Il y avait, au contraire, à craindre que le droit illimité

(*a*) Cette raison aurait pu permettre d'accorder le droit d'opposition aux aïeuls et aïeules, comme en France, mais le législateur est logique ici, car les aïeuls et aïeules ne sont consultés, dans notre droit, sur le

d'opposition ne devint, pour les collatéraux, blessés peut-être dans leur intérêt ou dans leur orgueil, un moyen détourné d'entraver un mariage honnête et légitime.

Toutefois, il est permis de s'étonner que les collatéraux, admis à motiver leur opposition sur l'absence [[de consultation]] du conseil de famille, ou sur la démence du futur époux, ne puissent pas la fonder sur un autre empêchement dirimant, tel que le défaut d'âge, l'existence d'un premier mariage ou d'un lien de parenté au degré prohibé.

On a dit, pour justifier cette distinction, que les collatéraux pourraient entraver le mariage de leur parent, s'il leur était permis de fonder leur opposition sur des empêchements dirimants dont la vérification serait lente et difficile. On conçoit, par exemple, que, s'ils la fondaient sur l'existence d'un premier mariage que leur parent aurait, selon leur dire, contracté à l'étranger, elle entraînerait des retards indéfinis.

Cette raison, il faut bien le reconnaître, n'est pas très concluante : car, assurément, personne ne croira que l'impuberté du futur époux, ou l'existence d'un lien de parenté au degré prohibé, soit plus difficile à vérifier que la démence. Quoi qu'il en soit, la loi est formelle.

IV. Des personnes qui ont le droit de former une opposition légale, et des causes pour lesquelles il leur est permis de la former — Suivant notre ancien droit français, toute personne pouvait, et pour quelque cause que ce fût, s'opposer au mariage. Ce droit absolu et sans limite devint, dans la pratique, un moyen de vexation. La plupart des mariages se trouvèrent ainsi, au grand préjudice de l'ordre public, entravés par des obstacles que suggéraient des passions indiscrètes et injustes. Les rédacteurs du code ont fait cesser cet abus. Le droit d'opposition est limité sous deux rapports, et quant aux *personnes*, et quant *aux causes*.

Quant aux personnes... Ainsi, le droit d'opposition n'appartient plus qu'à *certaines personnes*, auxquelles la loi le défère, soit à raison d'un intérêt évident et légitime qu'elles ont à protéger, soit à raison de l'affection naturelle qu'elles sont présumées avoir pour leur parent.

Quant aux causes... Ainsi l'opposant n'a plus, du moins en général, le droit de motiver son opposition sur une *cause quel-*

---

mariage de leurs petits enfants, que comme faisant partie du conseil de famille. En dehors de ce cas, ils n'ont pas de consentement à donner ou à refuser.

conque : il ne peut la former qu'autant qu'il la motive sur l'une des causes que la loi détermine limitativement.

— Les personnes auxquelles la loi confère le droit d'opposition sont :

1° *La personne engagée par le mariage avec l'un des deux futurs.* — [[Notre article 136 dit que le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des parties contractantes. C'est textuellement la disposition de l'article 172 du code Napoléon. Ajoutons que c'est le seul cas où il soit permis, dans notre droit, de s'opposer au mariage d'un majeur *compos nentis.*]] Il faut bien qu'un époux dont le conjoint se propose de convoler en secondes noces puisse défendre son titre.

2° *Le père, et, à défaut du père, la mère (a).*

" A défaut du père, la mère..." Ces expressions, *à défaut du père,* ne signifient point que la mère peut former opposition lorsque le père, *par indifférence,* n'use point de son droit ; la loi

---

(*a*) Je reproduirai d'abord les articles 137 et 138 de notre code civil et ensuite je ferai remarquer la différence essentielle qui existe entre notre droit et le droit français au sujet de ces oppositions. Il a été question de cette différence ci-dessus, mais elle ressortira encore mieux de la comparaison des textes.

Art. 137. — " Le père, et à défaut du père, la mère, peut former " opposition au mariage de son enfant mineur."

Art. 138. — " A défaut de père et de mère, le tuteur ou, au cas " d'émancipation, le curateur peut aussi faire opposition au mariage " de son pupille ; mais le tribunal auquel elle est soumise ne peut " statuer sur cette opposition qu'après avoir pris l'avis du conseil de " famille, dont il doit ordonner la convocation."

L'article 173 du code Napoléon s'exprime comme suit :

" Le père, et à défaut du père, la mère, et à défaut de père et mère, " les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs " enfants et descendants, encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans " accomplis."

Donc, en France, droit des ascendants de s'opposer au mariage de leur enfants ou descendants, encore que ceux-ci aient acquis l'âge de majorité, qui, en ce qui se rapporte au mariage, est fixé, pour les hommes, à l'âge de vingt-cinq ans, et pour les femmes, à l'âge de vingt et un ans.

Ici, au contraire, les père et mère, il n'est pas question pour le moment des aïeuls et aïeules, et à leur défaut, le tuteur, ou, dans le cas d'émancipation, le curateur, ne peuvent s'opposer au mariage de leurs enfants ou pupilles que lorsque ceux-ci sont mineurs. Nous verrons dans l'instant, que les père et mère, les aïeuls et aïeules peuvent s'opposer au mariage de leurs enfants ou descendants majeurs quand ceux-ci sont en état de démence. Nous verrons également, en reproduisant l'article 139, que les aïeuls et aïeules et certains parents collatéraux peuvent, dans les cas spécifiés en cet article, et suivant l'ordre indiqué à l'article 141, faire opposition au mariage de leur parent mineur quand le conseil de famille n'a pas été consulté.

veut dire que, si le père est décédé ou s'il se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le droit d'opposition passe alors, *mais alors seulement*, à la mère. — Ainsi, lorsque le père est vivant et capable de manifester sa volonté, la mère n'a point qualité pour faire une opposition *légale ;* la voie de l'opposition *officieuse* lui est seule ouverte.

[[Dans notre droit, ainsi que je l'ai indiqué dans la note *(a)* ci-dessus, p. 394, dans le cas du mariage d'enfants mineurs, le droit de former opposition appartient d'abord au père, et à défaut du père, à la mère, ensuite, à défaut du père et de la mère au tuteur ou, au cas d'émancipation, au curateur. Je parlerai plus loin de l'aïeul et de l'aïeule.

Cela est indubitable quand il s'agit d'un enfant mineur légitime. Que faut-il décider dans le cas de l'enfant mineur naturel ?

J'ai rapporté plus haut la disposition de l'article 121 qui dit que l'enfant naturel, qui n'a pas atteint l'âge de vingt-un ans révolus, doit, pour se marier, y être autorisé par un tuteur *ad hoc* qui lui est nommé à cet effet.

Comme je l'ai dit, il importe peu que cet enfant naturel soit reconnu ou non, du moment qu'il n'a pas été légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, car alors il est légitime. Le mariage de l'enfant naturel doit donc être autorisé, non par un tuteur ordinaire, mais par un tuteur *ad hoc.*

Si l'opposition au mariage de l'enfant mineur naturel ne pouvait être portée que par la personne dont le consentement est requis pour son mariage, on ne pourrait guère s'y opposer. Il n'y aurait qu'au cas très rare où ce tuteur *ad hoc* aurait été nommé en vue du mariage et que le mineur voudrait passer outre malgré le refus du tuteur que l'opposition pourrait être intentée. Si aucun tuteur *ad hoc* n'avait été nommé et que le temps manquait d'en faire la nomination, l'enfant naturel n'aurait aucune opposition à craindre.

Un brocard dit que lorsque la loi ne distingue pas on ne saurait non plus distinguer en l'interprétant. Comme il s'agit de protéger les mineurs, je pense que les articles que je viens de rapporter s'appliquent au mineur enfant naturel, comme au mineur enfant légitime. Le père, donc, ou à son défaut, la mère, ou à défaut des deux, le tuteur et les autres personnes désignées par la loi peuvent donc s'opposer au mariage de l'enfant naturel, mineur. Le fait de porter cette opposition constituera de la part de ce père ou de cette mère une reconnaissance de cet enfant,

ce qui lui donnera un intérêt suffisant pour s'opposer à son mariage *(a)*.

3° *Droits des parents plus éloignés de faire opposition.* — Nous avons vu quels sont les droits des père et mère, et du tuteur ou curateur, qui est *in loco parentis*, voyons maintenant ceux des parents plus éloignés. Nous ne pouvons suivre la division commode du code Napoléon qui distingue entre les parents dans la ligne directe et les parents dans la ligne collatérale. Notre code, au contraire, met dans la même catégorie, mais pas sur le même rang, l'aïeul et l'aïeule et certains parents collatéraux.

L'article 139 qui énonce cette disposition se lit comme suit :

" S'il n'y a ni père, ni mère, ni tuteur ni curateur, ou si le " tuteur ou curateur a donné son consentement au mariage sans " prendre l'avis du conseil de famille, les aïeuls et aïeules, l'oncle " et la tante, le cousin et la cousine germains, majeurs, peuvent " former opposition au mariage de leur parent mineur mais seu- " lement dans les deux cas suivants :

1° " Lorsque le conseil de famille qui, d'après l'article 122 " aurait dû être consulté, ne l'a pas été ;

2° " Lorsque le futur époux est dans l'état de démence."]]

Remarquons :

D'une part, que le droit d'opposition ne leur passe :

1° *Qu'à défaut* [[*de père ou de mère, de tuteur ou curateur.*]]

2° *Qu'autant qu'ils sont majeurs.*

D'autre part, qu'il est limité à deux cas que la loi détermine. Ainsi, ils ne peuvent s'opposer au mariage que :

1° " Lorsque le conseil de famille, [[qui aurait dû être consulté," tel que requis par l'article 122, "ne l'a pas été "]] *(b)*.

(*a*) L'enfant naturel peut réclamer des aliments de son père ou de sa mère. S'il se mariait, pendant sa minorité, alors qu'il pouvait seul suffire à ses besoins, ce mariage le forcera peut-être à exercer la créance alimentaire qui lui appartient. Cette éventualité ne donne-t-elle pas un intérêt suffisant au père ou à la mère naturels ?

(*b*) Le juge Loranger, nos 268-70 croit qu'on doit entendre par la *consultation* du conseil de famille, son *consentement*. De sorte que si l'on veut passer outre au mariage malgré l'avis contraire du conseil de famille, le droit d'opposition sera ouvert. Je pense qu'on doit s'en tenir aux termes de l'article 139. Il n'est question nulle part du *consentement* du conseil de famille, l'article 122, qu'on peut citer pour l'interprétation de l'article 139, n'exige autre chose que de prendre son avis. On homologuera cet avis ou non comme le juge ou le protonotaire le croira bon, et comme je l'ai dit *supra*, p. 353, les parents peuvent se pourvoir devant le juge pour faire mettre de côté le consentement donné par le tuteur ou curateur malgré leur avis contraire. D'ailleurs l'article 150, dans le chapitre *Des nullités de mariage*, accorde l'action

Mais, dira-t-on, à quoi bon cette opposition? Du moment que le futur époux qui est en tutelle ne rapporte pas un acte de consentement, son mariage est impossible; dès lors l'opposition est inutile! Cela est vrai dans la plupart des cas; mais il se peut que l'officier de l'état civil soit prêt à passer à la célébration, parce qu'on lui a présenté un faux acte de naissance qui lui a fait croire à la majorité du mineur, ou un faux acte portant consentement [[du tuteur ou curateur de l'avis]] du conseil de famille, au mariage. C'est alors qu'on le prévient par une opposition;

2° "Lorsque [[le futur époux est dans]] l'état de *démence.*" L'opposition n'est alors recevable qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le tribunal.

Cette dernière disposition a besoin d'être bien comprise. Elle ne signifie point que l'officier de l'état civil n'est tenu de respecter l'opposition motivée sur la *démence* qu'autant que l'opposant forme, en même temps que son opposition, une demande en interdiction. L'opposant, en effet, n'est point tenu de prendre l'initiative et de prouver que le motif de son opposition est fondé: il la forme, et il attend. L'officier public doit faire de même, attendre. Alors, de deux chose l'une:

Le futur contre lequel l'opposition est formée s'abstient-il de l'attaquer: son silence est une preuve qu'elle est fondée: dès lors l'opposant n'a rien à prouver *(a)*;

En demande-t-il, au contraire, la mainlevée: alors, mais alors seulement, l'opposant est tenu de prouver le bien fondé de son opposition. De là pour lui l'obligation de provoquer et faire prononcer l'interdiction, dans le délai que le tribunal lui accorde à cet effet (1).

---

en nullité, contre le mariage du mineur, à ceux dont le consentement *ou avis* était nécessaire. Il distingue donc entre le *consentement* des uns et la *consultation* des autres. En France, ce *consentement*, aux termes de l'article 160 C. N., est requis.

(1) M. Demol., t. I, n° 146.

(*a*) Il n'en est pas ainsi dans notre droit. C'est à l'opposant à prouver que son opposition est bien fondée. L'article 994 du code de procédure civile dit qu'"à défaut par l'opposant de procéder en la "manière requise, l'opposition est déclarée désertée." Du reste, l'article 143 du code civil, que je citerai plus loin, dit que quelle que soit la qualité de l'opposant, c'est à lui à soumettre et à faire décider son opposition dans les délais voulus, sans qu'il soit besoin de demande de mainlevée. A défaut de cette diligence de la part de l'opposant, l'opposition est regardée comme non avenue, et il est, nonobstant, passé outre à la célébration du mariage.

Au reste, le tribunal peut, s'il lui paraît que l'opposition n'a aucun fondement, en prononcer la mainlevée *pure et simple*, c'est-à-dire de suite et sans plus ample informé.

[[Il y a une singulière omission dans notre article 139. Alors qu'il mentionne les *cousins germains*, il ne nomme même pas les *frères* et *sœurs*. Il y a là évidemment un oubli du législateur. Suivant l'avis du juge Loranger (n° 273), il faut suppléer à cet lacune et les admettre. Du reste, l'article 141 reconnaît leur droit de porter opposition dans le cas de démence du futur époux et pour parité de raisons il faudrait l'admettre au cas de minorité. Je crois, suivant la disposition de cet article, qu'on doit leur accorder priorité sur tous les autres collatéraux ; ils viendront donc après les aïeuls et aïeules.

Il faut maintenant, avant d'aller plus loin, rapporter les dispositions de nos articles 140 et 141 qui n'existent pas dans le code Napoléon.

140.—" Lorsque l'opposition est faite dans les circonstances et " par une des personnes énumérées en l'article prècédent, si le " futur époux mineur n'a ni tuteur ni curateur, l'opposant est " tenu de lui en faire nommer un ; s'il a déjà un tuteur ou cura- " teur, qui ait consenti au mariage sans consulter le conseil de " famille, l'opposant doit lui faire nommer un tuteur *ad hoc* ; pour " les tuteur, curateur ou tuteur *ad hoc*, représenter les intérêts du " mineur sur cette opposition."

Le législateur ne veut pas que le mineur reste sans défense dans le procès qui va s'instruire sur l'opposition à son mariage. D'ailleurs, ce mineur ne peut ester en justice et il lui faut un représentant. Si ce mineur a déjà un tuteur, ce dernier le représentera, à moins qu'il n'ait failli à son devoir en consentant au mariage sans consulter le conseil de famille, comme il était tenu de le faire. Les fonctions du tuteur *ad hoc* cesseront avec la circonstance qui l'a fait nommer et se borneront à l'opposition. Au contraire, si l'on a donné au mineur un tuteur ordinaire, ce tuteur conservera sa charge après l'adjudication de l'opposition et sa compétence s'étendra à tous les actes qui appellent l'intervention du tuteur.

L'article 141 règle l'ordre dans lequel les parents du futur époux peuvent porter opposition. Il se lit comme suit :

141. " Si le futur époux, étant majeur, est dans l'état de " démence, et non interdit, les personnes suivantes peuvent, dans " l'ordre où elles sont mentionnées, faire opposition à son mariage :

1° " Le père, et à son défaut, la mère ;

2° " A défaut de père et de mère, les aïeuls et aïeules ;

3° " A défaut de ces derniers, le frère ou la sœur, l'oncle ou la " tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs ;

4° " A défaut de tous les sus-nommés, les parents et alliés du " futur époux, qualifiés à assister à l'assemblée de famille qui " doit être consulté sur son interdiction."

Comme le dit l'article 141, il ne s'agit ici que de l'opposition pour cause de démence au mariage du futur époux majeur, mais, pour parité de raisons, je crois qu'on doit suivre le même ordre dans le cas de l'article 139. Ajoutons que ce n'est qu'à défaut de parents plus rapprochés, c'est-à-dire, dans le cas de leur mort civile ou naturelle, ou de leur impossibilité d'agir, que les parents plus éloignés peuvent agir. Donc si un parent plus proche *néglige* de porter opposition, le parent plus éloigné ne peut exercer ce droit. Ce n'est qu'à défaut de tous ces parents, que les parents plus éloignés encore, ou des parents non mentionnés à l'article 141, comme les neveux et nièces, ou les alliés peuvent porter opposition. C'est la première fois que la loi parle des alliés et des parents plus éloignés que les cousins germains et les oncles et tantes. Ces parents sont ceux qui sont qualifiés à assister au conseil de famille qui doit être consulté sur l'interdiction du futur époux. L'article 329 du code civil dit que le conseil de famille, en ce cas, est convoqué comme dans le cas de la tutelle. Cela nous renvoie à l'article 251 qui ne fait aucune distinction entre le degré plus ou moins rapproché de parenté ; il veut seulement qu'on y appelle les plus proches parents, et des parents qualifiés à ce titre peuvent, dit l'article 254, assister au conseil de famille bien qu'ils n'y aient pas été convoqués. Remarquons que, puisqu'aux termes de l'article 252, les parents ou alliés qui font partie du conseil de famille, à l'exception de la mère et autres ascendants, doivent être mâles et résider dans le district où la nomination du tuteur doit se faire, quand ils s'y trouvent en nombre suffisant, il n'y a que les alliés et parents mâles et résidant dans le district (quand ils s'y trouvent en nombre suffisant) qui peuvent porter opposition.

Mourlon *(a)* enseigne que celui qui oppose le mariage du futur époux pour démence doit faire prononcer son interdiction. C'est la disposition de l'article 174 du code Napoléon et de notre article 142. Ce dernier article se lit comme suit :

142.—" Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du " futur époux, l'opposant est tenu de promouvoir son interdiction " et d'y faire statuer sans délai."

(*a*) *Supra*, p. 397.

La loi n'assigne pas au majeur, dont on oppose le mariage pour cause de démence, un défenseur comme dans le cas du mineur. Il se défendra lui-même contre la demande d'interdiction. Si l'interdiction est prononcée, ce le sera après une enquête contradictoire dans laquelle on aura prouvé la démence. Le jugement déclarera le futur époux atteint de démence et ce jugement décidera virtuellement du sort de l'opposition.

Le juge Loranger (t. 2, n° 275) croit que, sur cette demande d'interdiction, le juge ne pourra pas, aux termes de l'article 331, donner un conseil judiciaire au futur époux qu'il ne jugera pas à propos d'interdire. Cette demande, en effet, n'a qu'un but, d'empêcher le mariage. " Si le futur époux," dit le savant magistrat, " n'a pas assez de raison pour se marier sans l'assistance d'un " autre, qu'on l'interdise, mais qu'on ne le stigmatise pas en le " mariant " !

L'artlcle 143 pose une règle générale quant au devoir de l'opposant de faire statuer sans délai sur son opposition. " Quelle " que soit," dit-il, " la qualité de l'opposant, c'est à lui à adopter " et suivre les formalités et procédures requises pour soumettre " son opposition au tribunal et l'y faire décider sous les délais " voulus, sans qu'il soit besoin de demande en mainlevée ; à défaut " de quoi, l'opposition est regardée comme non avenue, et il est, " nonobstant, passé outre à la célébration du mariage." J'ai fait remarquer une différence, à ce sujet, entre notre droit et le droit français *(a)*.

V. Formes de l'opposition. — Il s'agit maintenant des règles de procédure qu'on devra suivre sur l'instruction de l'opposition. L'article 144 renvoie au code de procédure civile où, dit-il, se trouvent les règles quant à la forme, au contenu et à la signification des actes d'opposition, et aux autres procédures requises.

Avant de rapporter ces articles du code de procédure, je reproduirai l'article 145 du code civil qui pose la règle de compétence en cette matière. " Les oppositions," dit-il, " sont portées devant " le tribunal de première instance du domicile de celui au mariage " duquel on s'oppose, ou du lieu où doit se célébrer le mariage, " ou devant un juge de ce tribunal."

Le juge Loranger (t. 2, n° 276) croit qu'on devra en agir ainsi, même au cas où l'on s'opposerait au mariage des deux futurs époux domiciliés en deux districts différents. L'inconvénient qui résulterait de ce concours de juridictions concurrentes disparaît,

---

(*a*) *Supra*, p. 397, note (*a*).

dit-il, devant la disposition de l'article 991 du code de procédure civile qui ordonne la signification de l'opposition au fonctionnaire qui doit célébrer le mariage.

Je vais maintenant rapporter les dispositions du code de procédure civile, sur ce sujet, qui toutes sont indiquées comme étant de droit nouveau. L'article 144 y renvoie. "Au code de procé-" dure civile," dit-il, " se trouvent les règles quant à la forme, au " contenu et à la signification des actes d'opposition, ainsi que " celles relatives à la péremption décrétée en l'article précédent *(a)* " et aux autres procédures requises."

L'article 990 du code de procédure dit que toute opposition à un mariage doit être accompagnée d'un avis indiquant le jour et l'heure auxquels l'opposition sera présentée à la cour supérieure ou à un juge de cette cour.

L'article 991 ajoute que l'opposition et l'avis devront être signifiés tant au fonctionnaire appelé à célébrer le mariage qu'aux futurs époux ou à ceux qui les représentent, en observant un délai de cinq jours intermédiaires, avec l'addition ordinaire lorsque la distance excède cinq lieues.

Dans ces deux articles, il n'est pas question des énonciations de l'opposition. Il va sans dire que l'opposant doit alléguer clairement ses griefs contre le mariage projeté et conclure qu'il y soit sursis et qu'il soit enjoint au fonctionnaire de ne point le célébrer. L'opposant n'est pas tenu de faire une élection de domicile aux fins de son opposition.

L'article 992 peut donner lieu à quelques difficultés. Il dit qu'il est procédé sommairement sur cette opposition de la même manière que sur demande entre locateurs et locataires.

Lors de la confection du code de procédure civile, cet article renvoyait à des dispositions énoncées aux articles 887-899. Le défendeur était tenu de comparaître avant le midi du jour fixé dans le bref (art. 891). Le défendeur comparaissant, devait plaider à la demande avant midi du jour suivant (art. 892). Le demandeur était tenu de fournir sa réponse avant midi du jour qui suivait celui de la production de la défense, à peine de forclusion, et toute autre pièce de plaidoirie nécessaire pour lier la contestation devait être produite avant midi du jour juridique suivant (art. 893). Aussitôt que la contestation était liée, la cause pouvait être inscrite pour enquête pour tout jour juridique subséquent,

---

(a) C'est la présomption qui résulterait de la négligence de l'opposant à procéder sur son opposition.

en procédant de jour en jour jusqu'à ce que l'enquête fût close de part et d'autre (art. 894), et alors on pouvait inscrire la cause pour audition au mérite le jour juridique suivant, sans qu'il fût nécessaire d'en donner avis, mais si elle était inscrite pour tout autre jour, avis devait en être donné à la partie adverse (art. 897).

Or ces articles ont été abrogés et remplacés par des dispositions qui ne se rapportent pas seulement aux poursuites entre locateurs et locataires, mais aux matières sommaires en général. La procédure n'est plus la même aujourd'hui. Or, doit-on interpréter l'article 992 comme maintenant, pour les oppositions aux mariages, l'ancienne procédure des demandes entre locateurs et locataires?

On peut dire, et ce sera pour moi l'occasion d'indiquer une règle d'interprétation, que lorsqu'une loi incorpore les dispositions d'une autre loi, l'abrogation de cette dernière loi n'affecte pas cette incorporation. Ainsi, si dans le cas qui nous occupe, l'article avait dit que la procédure sur les oppositions au mariage serait celle pourvue par les articles 887-897 pour les demandes entre locateurs et locataires, l'abrogation de ces articles n'aurait pas, sans une disposition expresse, l'effet de changer la procédure en matière d'oppositions au mariage *(a)*. Mais quand une loi se contente de dire qu'on procédera comme dans tel autre cas, sans adopter les dispositions qui règlent ce cas, le législateur n'est pas censé avoir voulu conserver pour toujours la procédure indiquée, même dans le cas où il jugerait à propos de la modifier. Ainsi, en disant qu'on procédera comme dans les demandes entre locateurs et locataires, il entend qu'on suivra la procédure qui, lors de l'opposition au mariage, règlera ces demandes. Donc, il faut traiter les oppositions aux mariages comme des matières sommaires et l'on suivra, sauf ce qui est indiqué ici, la procédure qui se rapporte maintenant à ces matières *(b)*.

L'article 993 du code de procédure dit que si l'opposant ne présente pas son opposition au jour fixé, toute partie intéressée peut obtenir jugement de défaut-congé contre l'opposant, sur dépôt de la copie d'opposition qui lui a été signifiée ; et sur la remise qui lui est faite de copie de ce jugement, le fonctionnaire appelé à célébrer le mariage peut passer outre.

(*a*) Voir Endlich, *Interpretation of Statutes*, § 493. Voir aussi, dans le même sens, la cause de *Bogaert v. Lambe*, R. J. Q., 5 C. S., p. 457.

(*b*) Remarquons, cependant, que bien que, dans les demandes entre locateurs et locataires, le délai d'assignation soit d'un jour intermédiaire, lorsque le lieu de la signification est dans un rayon de cinq lieues, avec l'extension ordinaire lorsque la distance est plus grande (art. 891 C. P. C.), ici le délai d'assignation est de cinq jours (art. 991 C. P. C.).

L'expression " toute partie intéressée " serait vague si l'article n'ajoutait que le jugement de congé-défaut est accordé sur production de la copie d'opposition qui a été signifiée à cette partie. Donc, il s'agit de la personne dont on oppose le mariage ou de son représentant. Bien qu'on signifie copie de l'opposition au fonctionnaire appelé à célébrer le mariage, ce fonctionnaire n'est pas une partie intéressée et ne peut demander congé de l'opposition.

Aux termes de l'article 994 du code de procédure civile, à défaut par l'opposant de procéder en la manière requise, l'opposition est déclarée désertée.

Le tribunal ou le juge, dit l'article 995 du code de procédure civile, avant de prononcer sur l'opposition, peut, s'il y a lieu, convoquer devant lui les parents, et, à leur défaut, les amis des futurs époux, pour donner leur opinion sur le mariage projeté et agir ensuite ainsi que de droit. Ajoutons qu'il est de son devoir de consulter le conseil de famille lorsque l'opposition est portée par le tuteur ou le curateur (art. 138 du code civil).

Le jugement qui est rendu sur l'opposition n'est cependant pas un jugement en dernier ressort. L'article 996 du code de procédure dit qu'il y a appel du jugement sur l'opposition à la cour du banc de la Reine, en observant les mêmes formalités que dans les appels de la cour de circuit et les procédures ont la préséance.

Il y a une disposition semblable à l'article 146 du code civil qui déclare que "s'il y a appel, les procédures sont sommaires et " elles ont la préséance."

Il est évident que cet appel est d'un effet suspensif.

Je puis ajouter qu'aux termes du statut 54 Vic., ch. 48, art. 4, la procédure sur les appels de la cour de circuit est la même aujourd'hui que sur les appels de la cour supérieure.

Avant de m'occuper des effets juridiques de l'opposition, je rapporterai l'article 147 du code civil; cet article énonce une règle de procédure quant à ces oppositions.

147. — " Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres que le " père et la mère, peuvent être condamnés aux dépens, et sont " passibles de dommages-intérêts suivant les circonstances."

Il y a deux choses dans cet article : une règle de procédure, quant aux dépens, et une disposition purement de droit civil quant à la responsabilité qu'encourt celui qui fait au mariage une opposition mal fondée.

D'abord le père et la mère ne peuvent jamais être condamnés aux dépens de l'opposition, quelque dénuée de fondement qu'elle

puisse être. Le législateur n'a pas pu supposer que le père ou la mère ait agi par malice. Alors, on ne voit pas pourquoi on n'a pas étendu la même faveur aux aïeuls et aïeules. L'article 179 du code Napoléon, qui ne parle que des dommages, en exempte expressément tous les ascendants. Ici, il faudra suivre la règle de notre article qui n'exempte que le père et la mère.

Donc, tous les autres opposants, tuteurs *(a)*, curateurs, aïeuls et aïeules et parents collatéraux "*peuvent* être condamnés aux dépens," suivant l'expression du législateur. Il y a une virgule après le mot "dépens" et l'article ajoute immédiatement les mots : "et sont passibles de dommages-intérêts *suivant les circonstances (b)*." Le juge Loranger, qui a omis la virgule après le mot "dépens" dans le texte de l'article, enseigne que les opposants, autres que les père et mère, peuvent être condamnés aux dépens *suivant les circonstances* (tome 2, n° 280). La présence de la virgule démontre cependant que cette qualification ne se rapporte qu'aux dommages et intérêts. Mais l'expression "*peuvent* être condamnés aux dépens" comme les termes généraux de l'article 478 du code de procédure civile, font voir que le tribunal jouit à cet égard d'une large discrétion et qu'il peut s'autoriser des circonstances pour mitiger la condamnation. Le juge Loranger donne en outre une règle dont on peut se servir au besoin. L'opposition est-elle *légale*, c'est-à-dire portée par une personne à qui la loi reconnaît ce droit, il y a une présomption de bonne foi qui, il est vrai, peut être combattue par les circonstances de la cause. Au contraire, si l'opposition est *officieuse*, c'est-à-dire, le fait d'une personne non autorisée à cet effet, il y a une forte présomption de mauvaise foi que l'opposant devra repousser.

Voilà la règle quant aux dépens. L'article 147 ajoute que les opposants, autres que le père et la mère, "sont passibles de dommages-intérêts suivant les circonstances." C'est la disposition de l'article 179 du code Napoléon, sauf que le droit français accorde l'immunité aux ascendants généralement. Cet article, cependant, ne parle pas des dépens et ne contient pas les mots "suivant les circonstances", qui, à vrai dire, ne sont pas essentiels ; il autorise de plus le juge qui rejette l'opposition, à condamner

---

(*a*) Le tuteur plaidant en sa qualité de tuteur sera condamné aux dépens en cette qualité, ce qui veut dire qu'il chargera ces dépens à la succession du mineur qui a gagné son procès. Cette anomalie, toutefois, pourra se corriger sur la reddition des comptes du tuteur et la contestation de ces comptes par le mineur devenu majeur.

(*b*) Cette virgule se trouve également dans le texte anglais.

en même temps l'opposant aux dommages. Ici, il faudrait une action spéciale avec conclusions à cet effet. Inutile d'ajouter que le tribunal pesera toutes les circonstances avant de condamner, à des dommages-intérêts, celui qui a cru devoir s'opposer au mariage de son parent mineur. Cette disposition qui rend l'opposant passible de dommages est une exception à la règle générale qui veut que la condamnation aux dépens soit la seule peine infligée au plaideur qui succombe. Mais le recours par opposition au mariage est un recours extraordinaire, comme le bref de *capias* ou les saisies avant jugement. On peut en user, on peut aussi en abuser. Pour savoir si l'opposant en a abusé et doit, en conséquence, payer des dommages, on se demandera s'il a eu ce qu'on est convenu d'appeler *cause probable* de porter son opposition. Si oui, on ne saurait lui infliger d'autre peine que la condamnation aux dépens.]]

VI. Des effets de l'opposition. — L'opposition *légalement* formée, c'est-à-dire dans la forme prescrite par la loi, par une personne ayant qualité, et pour les causes que la loi détermine, a pour effet d'arrêter la célébration du mariage. L'officier de l'état civil qui la reçoit est tenu de la respecter tant qu'on ne lui en rapporte pas la mainlevée : il ne lui est pas permis de la juger et de passer à la célébration du mariage, sous prétexte que la qualité légale que l'opposant a prise dans l'exploit est fausse ou que les motifs légaux qui y sont indiqués ne sont pas sérieux. S'il passe outre, il est passible d'une amende, et de tous dommages et intérêts. Il n'est point relevé de cette peine, même dans le cas où il a été plus tard démontré qu'en effet l'opposant avait pris une fausse qualité, ou que les motifs par lui invoqués étaient sans aucun fondement *(a)*.

(a) L'article 68 du code Napoléon porte expressément cette amende. Nous n'avons pas une disposition aussi formelle. Il est certain que l'officier pourra être condamné aux dommages-intérêts. Quant à l'amende, on ne saurait infliger celle des articles 157-158, car il n'est dit nulle part, dans ce titre, que le célébrant devra tenir compte de cette opposition. Nul doute qu'il doit le faire pour s'exempter des dommages-intérêts. Mais quant à l'amende, il faudrait une disposition spéciale pour pouvoir l'infliger, car tout est de droit rigoureux en matière pénale. Il est vrai qu'il y a l'article 61 qui dit qu'au cas d'opposition, mainlevée en doit être obtenue et signifiée au fonctionnaire chargé de la célébration du mariage, ce qui veut dire implicitement que le fonctionnaire doit attendre ce jugement de mainlevée avant de procéder à la célébration du mariage. Si cette disposition pouvait entraîner amende, — mais il est clair qu'elle ne le peut pas, car, en matière pénale les déductions sont défendues,—il n'y aurait d'autre amende que celle de l'article 53, c'est-à-dire une amende qui varie de $8 à $80. Il résulterait de là que celui qui procède à

Mais que décider si l'opposition n'a pas été faite dans la forme prescrite, ou si, étant régulière quant à la forme, elle a été faite à la requête d'une personne qui n'avait point qualité pour la faire, ou enfin si, étant faite à la requête d'une personne autre [[que le père ou la mère]], elle est fondée sur un tout autre motif que ceux qui sont indiqués dans [[les articles 139 et 141]] ? L'officier de l'état civil est-il tenu, même en ce cas, de suspendre la célébration du mariage jusqu'à ce que la mainlevée de cette opposition informe ait été régulièrement consentie ou judiciairement prononcée ? S'il passe outre, est-il passible [[de la peine portée par la loi]] ? L'encourt-il, *alors même que la fausseté et l'irrégularité de l'opposition ont été démontrées ?* Là est la question.

Dans notre ancienne jurisprudence, le curé devait, sous sa responsabilité, respecter l'opposition, *si informe qu'elle fût* (1).

Le droit intermédiaire consacra le principe contraire. " Toutes oppositions, porte la loi du 20 septembre 1792, formées *hors les cas*, *les formes*, et *par toutes personnes autres que celles qui sont désignées par la loi*, seront regardées comme non avenues, et l'officier public *pourra passer outre au mariage*."

Lequel de ces deux systèmes a été suivi par le code ? Bien que la plupart des auteurs tiennent pour le premier, je n'hésite pas à dire que c'est le second qui a été consacré. Le principe admis dans notre ancienne jurisprudence devint une cause de scandale et de troubles dans les familles. Ce fut, tout le monde le sait, pour mettre un terme à ces abus, que la loi du 20 septembre 1792 jugea convenable de n'accorder le droit d'opposition qu'à *certaines personnes*, et même de le limiter, pour quelques-unes d'entre elles, *à certaines causes spécialement déterminées*. Or, le code a été conçu dans le même esprit. Dès lors, comment supposer qu'il ait, quant au point en question, reproduit la théo-

---

célébrer un mariage, sans qu'il y ait eu publication de bans, pourrait être condamné à payer $500, à titre d'amende, tandis que celui qui y passe outre malgré une opposition, ne s'exposerait qu'à une pénalité de $80. Mais comme je l'ai dit plus haut, *supra*, p. 389, en note, le fonctionnaire qui procéderait à la célébration d'un mariage malgré une opposition qu'on lui aurait signifiée, se rendrait coupable d'un acte de mépris pour l'autorité de la cour et pourrait être puni en conséquence. Ajoutons que Pothier enseignait, sous l'ancien droit, que le curé qui ne tenait pas compte d'une opposition était, suivant le droit canonique, puni par l'official et pouvait être poursuivi devant le juge seculier pour les dommages et intérêts de la partie opposante (*Contrat de mariage*, n° 82).

(1) Pothier dit seulement (*Contrat de mar.*, n° 82) que " l'opposition *quelque mal fondée qu'elle paraisse*, doit empêcher le curé de passer outre...."

rie de notre ancien droit français ? Comment croire qu'il ait, frappé des abus qu'entraînait cette théorie, et voulant les faire cesser, reproduit précisément le principe qui lui servait de base ? Se peut-il qu'une loi soit inconséquente à ce point ? Quoi ! le législateur se serait dit : "Le droit *illimité d'opposition* est plein de dangers ; faisons-les cesser en le *limitant*. Limitons-le, et quant aux personnes qui pourront l'exercer, et quant aux causes pour lesquelles il pourra l'être." Puis, à côté de ce système si protecteur de la liberté du mariage, le même législateur, dans la même loi, aurait organisé un système directement contraire, plein d'entraves au mariage ! Que l'on considère quelle étrange loi on nous fait ! *Certaines* personnes auront *seules* le droit de faire opposition au mariage ; toutefois, l'opposition formée par *toute autre personne* aura le même effet. N'est-ce pas dire : Le droit d'opposition n'appartient qu'à *quelques-uns* ; cependant il appartient *à tous*. Les collatéraux ne peuvent l'exercer que pour *certaines causes* ; néanmoins l'opposition, quoique fondée sur *toute autre cause*, sera parfaitement valable ! Le droit d'opposition est tout à la fois *limité et illimité !*

On s'appuie, dans l'opinion que je combats, sur le texte de l'article 68 C. N. "En cas d'opposition, y est-il dit, l'officier est tenu de s'abstenir......*(a)*" Ces expressions, *en cas d'opposition*, sont, dit-on, absolues, générales : elles ne comportent aucune distinction. Donc, toute opposition, de quelque personne qu'elle émane, et alors même qu'elle n'est pas motivée sur l'une des causes permises par la loi, doit être respectée.

A cela je réponds, avec l'article 1156 C. N. *(b)*, qu'il faut, dans l'interprétation des lois, préférer leur esprit, c'est-à-dire l'intention véritable du législateur, au sens littéral des mots.

J'ajoute que les expressions, *en cas d'opposition*, n'ont pas, même grammaticalement parlant, le sens absolu qu'on leur donne : car elles peuvent, au gré du lecteur, s'entendre de *toute opposition*, ou simplement d'*une opposition régulière*. Elles laissent donc indécise la question que nous examinons. Il est vrai que le mot *opposition* n'est pas suivi de l'objectif *régulière*, qui en limiterait le sens ; mais il n'est pas non plus précédé du mot *toute*, qui l'aurait généralisé.

Nos adversaires font, d'ailleurs, eux-mêmes des distinctions. Ils n'admettent pas qu'une opposition absolument informe, faite,

(*a*) Notre article 61 se sert d'une expression aussi générale.

(*b*) L'article 1013 de notre code.

par exemple, par simple lettre missive, ou pour une cause qui ne constitue ni un empêchement dirimant ni un empêchement prohibitif, puisse rendre l'officier public qui la méprise passible de la double peine établie par l'article 68 C. N. Ils reconnaissent donc par là même que les expressions : *en cas d'opposition*, n'ont pas le sens général qu'ils leur donnent.

Ainsi, l'opposition formée par une personne sans qualité à cet effet, ou par une personne ayant qualité, mais en dehors des cas prévus par la loi ou des formes qu'elle a prescrites, n'est qu'une opposition *officieuse*, c'est-à-dire destituée de la sanction pénale que la loi a établie contre les officiers publics qui ne tiennent point compte d'une opposition *légale* (1) *(a)*.

Au reste, et tout le monde est d'accord sur ce point, le mariage célébré au mépris d'une opposition qui, bien que régulière, n'était pas fondée, est et reste valable, s'il réunit, d'ailleurs, toutes les conditions nécessaires pour sa validité : l'opposition par elle-même, et abstraction faite de ses motifs, ne constitue qu'un empêchement simplement prohibitif.

VII. De la mainlevée de l'opposition. — La *mainlevée* est l'acte par lequel l'opposant lève, en renonçant à son opposition, l'obstacle qu'elle apportait au mariage.

Ce désistement est *volontaire* ou *judiciaire*.

Le désistement *volontaire* n'est soumis à aucune condition de forme particulière : l'opposant peut donc renoncer à son opposition, soit par acte authentique, soit en notifiant sa renonciation aux parties et à l'officier de l'état civil, soit même en donnant son consentement au mariage *(b)*.

---

(1) Val., *Cours de Code civil*, t. I, p. 204 et suiv.; M. Laurent, t. II, n° 396.—*Contrà*, MM. Demol, t. I, n° 163 ; Aubry et Rau, t. V, § 456, p. 37, note 1. [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 491, se prononce dans le même sens que Mourlon.]]

(*a*) Je crois inutile d'apprécier ce débat, car, ainsi que je l'ai dit, la disposition qui impose une amende est déjà bien vague et ne paraît pas s'étendre à l'officier qui, malgré une opposition à mariage, passerait outre à la célébration du mariage. A tout événement, en supposant que la disposition qui porte cette amende serait applicable, elle ne pourrait pas être étendue à d'autres oppositions qu'à celles qui sont autorisées par le code civil. Mais je crois que l'opposition *officieuse* pourra constituer le fonctionnaire en état de mauvaise foi et entraîner sa responsabilité pour des dommages et intérêts si l'opposition était fondée. Mourlon, du reste, admet cette solution (p. 390, *in fine*, *supra*).

(*b*) Il pourra également négliger de présenter son opposition au jour fixé (art. 993 C. P. C.) ou de procéder en la manière requise (art. 994 C. P. C.).

— Si l'opposant persiste dans son opposition, [[il doit]] s'adresser à la justice, qui la maintient ou la rejette, suivant qu'elle est ou non régulière et fondée.

— L'officier de l'état civil devra mentionner, [[dans l'acte de mariage]], les actes ou les jugements de mainlevée dont une expédition lui sera remise (art. 65).

[[Il y a, dans le titre des registres de l'état civil, chapitre III, *Des actes de mariage*, une disposition qui aurait dû être placé dans le présent chapitre. C'est celle de l'article 62 qui se lit comme suit :

" Si, cependant cette opposition est fondée sur une simple " promesse de mariage, elle est sans effet, et il est procédé au " mariage de même que si elle n'eût pas été faite."

Cette disposition remonte au statut 12 Vic., ch. 53, sec. 1. Le législateur a voulu prévenir l'abus des oppositions fondées sur une simple promesse de mariage. Admises autrefois en France, ces oppositions n'avaient aucun effet pratique, puisque le fiancé pouvait, malgré l'engagement qu'il avait contracté, insister sur la célébration du mariage *(a)*. La question se résout en une simple question de dommages-intérêts car, d'après notre jurisprudence, le fiancé trompé peut recourir aux tribunaux pour demander à la partie infidèle une compensation pécuniaire *(b)*.

Avant de terminer ce chapitre, il me reste à résoudre quelques questions qui se rattachent à ce sujet. Et d'abord, l'opposition rejetée pour des vices de forme ou même au fond, peut-elle être renouvelée ?

Il ne me paraît incontestable que l'opposition rejetée pour des vices de forme peut être renouvelée. Je crois même que le tribunal ne rejeterait une semblable opposition, que sauf recours.

La question est plus difficile lorsque l'opposition a été rejetée au fond. Il est clair que si la seconde opposition, portée par le même opposant, invoque le même moyen que la première, elle

(*a*) Voir cependant ce que j'ai dit ci-dessus de l'empêchement résultant des fiançailles, *supra*, p. 364. J'ajouterai que les *fiançailles* célébrées avec toutes les formalités voulues, ne doivent pas être confondues avec la *simple promesse de mariage*.

(*b*) Il me suffit de poser ce principe qui est certain et que nos tribunaux ont affirmé à maintes reprises. Voir, au reste, *supra*, pp. 347-348. Je dois, toutefois, renvoyer le lecteur aux savants commentaires de feu le juge Loranger, tome II, pp. 317-434. Le regretté magistrat y consacre plus de cent pages à discuter les effets de la rupture des promesses de mariage, sous le rapport des dommages et intérêts civils. Il expose en outre toute la théorie des fiançailles suivant le droit canon et le droit civil.

sera repoussée par l'exception de chose jugée. Mais supposons qu'elle invoque une autre cause. Alors il ne peut plus être question de chose jugée et comme la loi ne défend pas à l'opposant de former une seconde opposition pour des causes nouvelles, il semble que cette opposition devra être accueillie. Toutefois, il y a une distinction à faire. Ces causes était-elles connues de l'opposant lors de sa première opposition, je crois qu'il y aurait lieu d'appliquer le principe de l'article 15 du code de procédure civile qui défend de diviser une dette échue pour en demander le recouvrement au moyen de plusieurs actions *(a)*. Au contraire, s'il s'agit d'une cause qui est survenue ou qui a été découverte depuis la première opposition, la seconde opposition sera admissible. Cela devra, à mon avis, ressortir des allégations de cette deuxième opposition *(b)*.

Autre question. Le fonctionnaire appelé à célébrer un mariage, peut-il tenir compte d'une dénonciation particulière qui ne prend pas la forme d'une opposition au mariage et refuser de célébrer le mariage ?

(*a*) L'opposition n'a pas pour but de réclamer le paiement d'une *dette*, mais le principe de l'article 15 est un principe général qui s'applique à toutes les instances. Son but est d'empêcher la persécution ou la ruine d'une parties. On peut en trouver une application à l'article 664 du même code.

(*b*) Voir, sur cette question, le juge Loranger, t. 2, n° 288. La même autorité enseigne, n° 289, qu'une seconde opposition produite par une autre personne, même quand cette personne aurait un droit égal de s'opposer au mariage, ne serait pas recevable. Je pense qu'on ne peut formuler une fin de non-recevoir d'une manière aussi générale. Si la seconde opposition est portée alors que la première est pendante, il semble qu'on doit réunir les deux oppositions pour qu'un même jugement puisse en disposer. Si la seconde opposition est portée après que la première a été déboutée, elle devrait, dans la rigueur des principes, être reçue, même quand elle invoquerait la même cause, car comme les parties ne sont pas les mêmes, et il ne peut y être question de chose jugée. D'ailleurs, la première opposition a pu être collusoire, ou le premier opposant a pu, d'après une entente avec la partie défenderesse, négliger de procéder sur son opposition et ainsi amener son renvoi. Mais tout en admettant cela, je dois ajouter que, quand un parent a porté et conduit une opposition sérieuse, qui n'a pas été déboutée par sa faute ou sa négligence, je ne crois pas qu'il soit permis à un parent au même degré, qui avait connaissance du mariage projeté et ne s'est pas joint à l'opposant, mais a gardé le silence, de venir formuler une plainte que la justice, après une enquête sérieuse, a déclarée mal fondée. Cela serait une persécution, et si le second opposant pouvait ainsi renouveler la plainte soumise par le premier auquel il ne s'est pas joint, il n'y aurait guère de limites à ces oppositions là où il y a un grand nombre de parents au même degré. Le fait que le second opposant s'exposerait à une condamnation en dommages-intérêts ne serait pas une garantie suffisante pour la partie victime d'une semblable persécution.

Remarquons d'abord que les oppositions au mariage ne sont formées qu'assez rarement. Le plus souvent, on procède par voie de dénonciation privée car la forme même des publications de bans de mariage appelle des dénonciations de ce genre. Cependant, pour resoudre cette question, il suffit de référer à l'article 129. Cet article dit qu'aucun des fonctionnaires habiles à célébrer mariage ne peut être contraint d'y prêter son ministère, s'il existe quelque empêchement d'après les doctrines et croyances de sa religion, et la discipline de l'église à laquelle il appartient. Donc, si on dénonce un semblable empêchement, c'est le droit et même le devoir du fonctionnaire de refuser son ministère. Mais, de toute évidence, il faut que cet empêchement *existe*, et c'est le risque qu'assume le fonctionnaire lorsqu'il refuse de célébrer le mariage sur une simple dénonciation particulière. Le devoir du fonctionnaire, c'est de s'enquérir du bien fondé de cette dénonciation]] *(a)*.

CHAPITRE IV. — DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

La loi traite dans ce chapitre : 1° des demandes en nullité de mariage ; 2° des mariages putatifs ; 3° de la preuve des mariages.

SECTION I. — DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

Généralités. — SENS DES MOTS : MARIAGE NUL, MARIAGE ANNULABLE. — Le mariage *nul* est celui qui, bien qu'il ait paru se former, n'a réellement aucune existence légale. Ce n'est pas seulement un mariage *imparfait* ou *vicieux ;* c'est un mariage *inexistant*, un pur fait destitué de tout effet civil. La nullité dont il est infecté est *absolue* et *perpétuelle ; absolue*, elle peut être invoquée par toute personne intéressée ; *perpétuelle*, elle peut l'être dans tous les temps, car rien ne peut la couvrir ou la faire disparaître, ni le temps ni la volonté expresse ou tacite des parties.

Cette nullité *absolue* et *perpétuelle* est appelée par les auteurs *nullité* DE DROIT.

La formule : *nullité* DE DROIT, rend mal l'idée qu'elle exprime. Ceux qui la rencontrent pour la première fois l'entendent en ce sens que les nullités de cette nature ont lieu *spontanément par*

(*a*) Voir, sur cette question, Loranger, t. 2, n° 282. Voir aussi M. Baudry-Lacantinerie, t. Ier, n° 485.

la seule force de la loi, et qu'ainsi elles n'ont pas besoin d'être invoquées et judiciairement établies. C'est une erreur contre laquelle il faut se mettre en garde. Dès qu'il existe un acte matériel de mariage, et que ce titre est invoqué par l'une des parties, celle qui le prétend nul, et qui, en conséquence, veut s'y soustraire, doit s'adresser aux tribunaux, qui, après avoir reconnu qu'il n'existe qu'en apparence, la déclarent libre de tout engagement. A ce point de vue, le mariage n'est jamais nul de plein droit, il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut judiciairement faire détruire : car personne ne peut se faire justice à soi-même.

Ainsi, lorsqu'on dit qu'un mariage est *nul de plein droit* ou *inexistant*, on exprime cette idée, qu'il est nul *pour tout le monde et dans tous les temps.*

Pour tout le monde... Toute personne sans distinction, pourvu, d'ailleurs, qu'elle y ait intérêt, a qualité pour en poursuivre la nullité.

Dans tous les temps... A quelque époque qu'on l'invoque, la partie à laquelle on l'oppose peut toujours le méconnaître. Elle le peut alors même qu'elle a antérieurement renoncé à ce droit. Cette renonciation n'est, en effet, qu'une ratification et une ratification impuissante : car, *ratifier*, c'est réparer ce qui est imparfait, et, dans l'espèce, le mariage n'a aucune existence, pas même une existence imparfaite.

Le mariage *annulable* est celui qui, à raison d'un vice dont il est infecté, peut être annulé sur la demande de certaines personnes auxquelles la loi concède ce droit, mais qui est susceptible de devenir *valable* par suite d'un fait postérieur, la ratification, c'est-à-dire l'approbation qu'y donnent les personnes qui, seules, avaient qualité pour en faire prononcer la nullité. Ce n'est pas un mariage *valable*, ce n'est pas un mariage *nul* ou *inexistant :* c'est un mariage *imparfait.* La loi le reconnaît et le traite provisoirement comme un mariage valable. La nullité dont il est infecté n'est que *conditionnelle :* la partie dont il blesse l'intérêt a contre lui une action en nullité, qu'elle est maîtresse d'exercer ou d'abandonner. Prend-elle le premier parti : le mariage dont la nullité a été vérifiée et prononcée en justice est à considérer comme s'il avait été nul *a priori.* Prend-elle le second : le mariage est alors tout aussi valable que s'il eût toujours été exempt du vice qui, dans le principe, l'avait rendu imparfait ou annulable.

Cette nnllité conditionnelle est *relative* et *temporaire.*

Relative... : car le droit de la faire prononcer, au lieu d'être général, est limité à certaines personnes.

Temporaire...: car, si les personnes qui ont le droit de la faire prononcer ne l'exercent pas dans un certain délai, leur inaction constitue une renonciation à leur action, et, par suite, une ratification tacite du mariage.

Ainsi, 1° mariages *nuls* ou *inexistants*, et, par suite, nullités *absolues* et *perpétuelles*......

Absolues..., elles peuvent être proposées par toute personne qui y a intérêt.

Perpétuelles..., elles ne se couvrent ni par le temps ni par la ratification.

2° Mariages simplement *annulables*, et, par suite, nullités *relatives* et *temporaires*......

Relatives..., elles ne peuvent être invoquées que par certaines personnes que la loi désigne limitativement.

Temporaires..., elles se couvrent par la ratification, c'est-à-dire par la renonciation que font ces personnes au droit introduit en leur faveur.

Entre ces deux extrêmes se place un cas intermédiaire. Nous trouverons, en effet, l'hypothèse d'un mariage dont la nullité est mixte, c'est-à-dire *absolue*, mais *temporaire* (1).

[[Cette question de nullité de mariage est si importante, que j'éprouve le besoin d'ajouter quelques mots, même après l'exposition claire et lucide de Mourlon à laquelle je concours pleinement. Je prends donc occasion d'une distinction faite par M. Baudry-Lacantinerie, pour poser de nouveau les bases de la théorie des nullités, dont il a été question plus haut *(a)*. L'éminent jurisconsulte commence *(b)* par énoncer le principe que les actes sont ou *valables* ou *nuls* ou *inexistants*. L'acte *valable*, dit-il, est inattaquable et produit tous les effets que comporte sa nature. L'acte *nul* est un acte imparfait. Il est infecté de certains vices de constitution qui peuvent entraîner sa ruine, mais qui sont aussi susceptibles d'être purgés. Enfin, l'acte *inexistant* est celui qui n'a pu se former et qui, par suite, n'a jamais eu d'existence aux yeux de la loi. C'est une simple apparence sans réalité, un vrai fantôme, le néant *(c)*.

(1) Voy. l'art. 153. [[J'aurai à examiner plus loin si ce cas intermédiaire existe, dans notre droit, c'est-à-dire, s'il y a une nullité de mariage qui soit *absolue* en même temps que *temporaire*.]]

(*a*) *Supra*, pp. 122-126.

(*b*) T. I, n° 495

(*c*) Puisque je rends compte de la doctrine de M. Baudry-Lacantinerie, je dois laisser dans le texte des expressions que je n'emploirais pas moi-même. Comme je l'ai dit (*supra*, p. 124, en note), je préfère me servir de termes qui ont toujours eu cours dans notre droit. Ainsi, je dirais qu'un acte est *valable*, *annulable* ou *nul*, là où M. Baudry-

Après avoir posé ce principe, M. Baudry-Lacantinerie distingue trois catégories de mariages. 1° Le mariage *inexistant* (n° 496), le mariage *nul de nullité absolue* et le mariage *nul de nullité relative* (n° 499). Lorsque le mariage est nul de nullité absolue, toute personne intéressée peut opposer cette nullité, et cette nullité ne peut se couvrir, sauf l'exception de l'article 185 du code Napoléon *(a)*. Au contraire, la nullité relative ne peut être opposée que par certaines personnes, elle peut toujours se couvrir.

Pour moi, un mariage est *nul* ou *annulable*. Il est *nul* quand les conditions qui sont de l'essence du mariage, ou qui sont absolument prescrites pour sa validité, manquent. Ainsi, l'article 116 dit qu'il n'y a pas de mariage, *nullum est matrimonium*, lorsqu'il n'y a pas de consentement, car le consentement est de l'essence

---

Lacantinerie dit *valable*, *nul*, *inexistant*. La loi pose certaines conditions qui sont essentielles à l'*existence* d'un acte. Ce sont les conditions qui sont de l'*essence* du contrat ; on les distingue de celles qui ne sont que de la *nature* de ce contrat et qui, par consequent, peuvent disparaître sans que l'acte lui-même en soit affecté. Il y a d'autres conditions qui, sans être de l'essence d'un acte, sont cependant, pour des raisons d'ordre public, absolument prescrites pour que le contrat soit valide. Ainsi, il est de l'*essence* du contrat de vente qu'il y ait une *chose* de vendue et un *prix* de donné ou promis en considération de la vente de cette chose. Si ces conditions essentielles manquent, il n'y aura pas vente. D'un autre côté, pour des raisons d'ordre publique, la loi exige que la chose vendue soit la propriété du vendeur, ou elle défend la vente entre mari et femme. Or, quand les conditions qui sont de l'*essence* d'un acte, ou qui sont absolument prescrites pour que cet acte soit valide, font défaut, on dit que cet acte est *nul*. Cherchons l'étymologie du mot *nul* et nous nous convaincrons davantage de la vérité de notre distinction. Ce mot nous vient du latin, et quand je dis que l'acte est *nul*, les jurisconsultes romains disent *nullum est actum*, ce qui traduit, mot à mot, veut dire *qu'il n'y a pas d'acte*. Voilà donc ce que j'entends par un acte *nul*, c'est un acte *qui n'est pas*, parce qu'il lui manque les conditions essentielles à son existence. Les auteurs modernes, quand ils disent *acte inexistant*, expriment sans doute la même idée, car un acte *nul* est un acte *qui n'existe pas*. Mais je ne puis adopter leur terminologie lorsqu'ils ajoutent qu'un acte *nul* est un acte imparfait, infecté de certains vices qui peuvent entraîner sa ruine. Alors, si cet acte n'est qu'infecté de vices qui peuvent le faire mettre de côté, mais qui sont susceptibles d'être purgés, cet acte n'est pas *nul*, ou il y a contradiction manifeste dans les termes. La distinction que je fais, et qui est consacrée par notre jurisprudence, me paraît bien plus logique. Puisque cet acte n'est affecté que de vices qui sont susceptibles d'être purgés, il n'est pas *nul*, il n'est qu'*annulable*, c'est-à-dire qu'il peut être mis de côté.

(*a*) Il s'agit de la nullité qui résulte du défaut de puberté. J'aurai à examiner si c'est là une nullité absolue dans notre code, dont les dispositions diffèrent de celles du droit français.

du mariage. Il est également de l'essence du mariage qu'il soit contracté entre personnes de sexe différent; un mariage contracté par deux hommes serait donc *nul*. Il est de plus absolument prescrit, en vue de la validité du mariage, que les parties ne soient pas liées par la parenté au degré prohibé ; ainsi, le mariage contracté entre le frère et la sœur est *nul (a)*. Ce sont là, sans doute, deux causes de nullité, mais l'effet est le même dans chaque cas.

Au contraire, le mariage est *annulable* quand l'on a violé, en le contractant, des dispositions que le législateur n'a pas prescrites dans l'intérêt de l'ordre public, mais seulement dans celui de certaines personnes. Ainsi, la loi qui dit qu'il n'y a pas de mariage quand il n'y a pas de consentement, ajoute que ce consentement doit être libre et exempt d'erreur. La première condition est de l'essence du mariage. Donc s'il n'y a aucun consentement, le mariage sera *nul*. D'un autre côté, s'il y a un consentement, mais un consentement vicié par l'erreur ou la violence, la condition qui est de l'essence du mariage sera remplie, mais la personne, dont le consentement sera affecté de ce vice, sera admise à faire annuler le consentement qu'elle a donné. Ce mariage sera donc *annulable*. Il pourra se ratifier, ou la cause de nullité pourra se prescrire.

M. Baudry-Lacantinerie (n° 498), résumant fidèlement la jurisprudence française, pose deux principes qui, dit-il, dominent toute cette matière : 1° Il n'y a pas d'autres nullités de mariage que celles qui sont prononcées en termes exprès par un texte formel ; 2° La nullité d'un mariage ne peut être prononcée que sur la demande des personnes désignées par la loi. Ces principes résultent de la jurisprudence de la cour de cassation. Mais doit-on les admettre, dans leur forme absolue, dans notre droit ?

(*a*) A première vue, on est tenté de distinguer le mariage contracté entre deux personnes de même sexe du mariage entre le frère et la sœur, car celui-ci peut produire, ce qui est la fin principale du mariage, la procréation des enfants, tandis que l'autre ne peut le faire. Mais, en y réfléchissant, on voit que la différence de sexe, comme la non-existence de la parenté au degré prohibé, sont toutes deux essentielles pour la validité du mariage,—car l'article 984 met comme première condition de la validité d'un contrat la capacité des parties de contracter,—et, quoique le mariage entre personnes de même sexe semble plus absurde que le mariage entre frère et sœur, juridiquement parlant, ces mariages manquent tous deux de conditions essentielles à l'existence juridique du mariage. Donc, bien que le vice dans un cas puisse être plus grave que dans l'autre, chaque vice produit le même effet, la nullité du mariage.

Je crois que l'on ne pourra *inférer* la nullité d'un mariage, mais, en même temps, il n'est pas nécessaire que la loi déclare que tel ou tel mariage sera nul. Il suffit qu'elle dise que telle personne ne peut contracter mariage, soit absolument, comme dans le cas des impubères, soit relativement à telle ou telle personne, comme entre frère et sœur, oncle et nièce. De plus, tous les mariages indiqués en ce chapitre sont ou bien nuls, ou annulables. Il faut remarquer, cependant, que ce chapitre ne parle pas des mariages des impuissants ou de ceux qui sont déjà engagés dans le lien du mariage, mais la nullité de ces mariages est décrétée par les articles 117 et 118. On peut donc exprimer ainsi la première maxime : tout mariage est valide à moins que sa nullité ne résulte d'une disposition expresse de la loi.

La seconde proposition est exacte, la loi en déclarant que tel mariage sera nul ou annulable a eu le soin de limiter le nombre des personnes qui pourraient faire prononcer cette nullité. Il y a, cependant, un cas où l'on ne donne aucune indication, c'est la nullité qui résulte d'un mariage déjà existant, mais l'intérêt étant la mesure des actions, cette nullité ne pourra être opposé que par une personne intéressée, ce qui, du reste, est le cas de toutes les nullités absolues.]]

§. I. — *Des mariages nuls ou inexistants.* — *Nullités absolues et perpétuelles.*

I. Des causes des nullités absolues. — Les nullités de cette nature ont toutes pour fondement la violation d'un principe d'*ordre public* ; c'est pour cela qu'elles peuvent être invoquées *en tout temps* et *par toute personne intéressée.* Les causes qui les font naître sont au nombre de sept, savoir :

1° *L'identité de sexe :* car il est de l'essence du mariage qu'il soit formé entre personnes de sexe différent ;

2° *Le défaut absolu de consentement.* Ainsi, lorsqu'une personne atteinte de folie, et, par suite, absolument privée de raison, se marie, le mariage qu'en apparence elle contracte n'a aucune existence légale : il n'existe ni pour ni contre personne, et la nullité peut en être demandée en tout temps. " *Il n'y a point de mariage* [[lorsqu'il n'y a pas de]] consentement " (art. 116) ;

3° *L'absence d'une manifestation solennelle du consentement devant un officier de l'état civil.*

Ces trois causes de nullité absolue ne sont point mentionnées dans le chapitre *Des demandes en nullité de mariage ;* mais la

raison en est bien simple. La différence de sexe, le consentement et la déclaration solennelle du consentement devant un officier de l'état civil, sont si manifestement de l'essence de l'union conjugale, qu'il est évident qu'en l'absence de l'un de ces éléments, le mariage ne peut point se former, et qu'ainsi il est nul *erga omnes* et *dans tous les temps*.

Ainsi, quoiqu'il soit de principe qu'il n'y a, en fait de mariage, de nullités que celles qui sont textuellement établies, et que le droit de les invoquer n'appartient qu'à ceux auxquels la loi l'attribue expressément, personne ne doute, bien que la loi ne s'en explique pas, que le mariage contracté soit entre deux personnes du même sexe, soit hors la présence d'un officier de l'état civil, ne soit radicalement nul, et, par conséquent, susceptible d'être attaqué en tout temps et par toute personne intéressée.

Et ce qui est vrai du mariage contracté hors la présence d'un officier de l'état civil l'est, à plus forte raison, du mariage auquel les parties, ou l'une d'elles, *n'ont point donné leur consentement*. J'en conclus que, nonobstant le silence de la loi à cet égard, les collatéraux de la personne qui était, au moment de la célébration de son mariage, folle et absolument privée de raison, peuvent, alors qu'ils y ont intérêt, c'est-à-dire lorsqu'elle est morte, faire constater, comme elle le pourrait elle-même si elle était vivante, la nullité de son mariage.

4° *La bigamie* ou *l'existence d'un premier mariage.* — La nullité du mariage n'est pas couverte par la dissolution du premier mariage. — Toutefois, la dissolution du premier mariage aura cet effet important qu'à l'avenir les enfants qui naîtront du second seront *naturels simples*, au lieu d'être *adultérins* (1).

5° *La parenté* ou *l'alliance à un degré prohibé.* — Des dispenses obtenues après coup ne valideraient point le mariage *(a)*.

6° *Le défaut de publicité.* — J'ai déjà dit qu'il ne fallait pas confondre le défaut de *publications* avec le défaut de *publicité*. La *publicité* est un fait complexe, susceptible de plus ou de moins ; les *publications* ne sont que l'un des éléments qui con-

---

(1) On peut consulter, sur le second mariage contracté avant la dissolution du premier, la dissertation publiée dans la *Revue critique de législation* (année 1879, p. 387 et suiv.), par M. Schaeffer, juge au tribunal de Bourgoin).

(*a*) L'article 152 de notre code se lit comme suit : " Tout mariage " contracté en contravention aux articles 124, 125 et 126, peut être " attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont " intérêt. " Ce sont les mariages incestueux.

courent à la former : le mariage peut donc, même en leur absence, être environné d'une publicité suffisante pour sa validité *(a)*.

[[Mais la *publicité* elle-même, envisagée comme l'opposé de la *clandestinité*, est essentielle. " Tout mariage ", dit l'article 156, " qui n'a pas été contracté publiquement et qui n'a pas été " célébré devant le fonctionnaire compétent, peut être attaqué par " les époux eux-mêmes et par tous ceux qui y ont un intérêt né et " actuel, sauf au tribunal à juger suivant les circonstances. "

L'article 191 du code Napoléon énonce à peu près la même disposition, avec cette différence, cependant, qu'il mentionne les ascendants comme pouvant attaquer le mariage, et qu'il ne contient pas les mots " sauf au tribunal à juger suivant les circonstances." De là il résulte que, dans notre droit, les ascendants n'étant pas nommés ne peuvent demander la nullité du mariage de leur descendant, qu'autant qu'ils y ont un intérêt né et actuel.

Il y a une expression de l'article 156 qui exige explication. Il y est dit que tout mariage qui n'a pas été contracté publiquement et qui n'a pas été célébré devant le fonctionnaire compétent peut être attaqué par les époux et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, *sauf au tribunal à juger suivant les circonstances*. Est-ce à dire que le tribunal peut refuser de prononcer la nullité d'un mariage clandestin ? Nullement. Il est évident que si le fonctionnaire est incompétent, le mariage sera nul ; ainsi, des catholiques qui ne se marient pas devant leur propre curé ou un prêtre dûment autorisé, contractent un mariage radicalement nul. On peut, cependant, expliquer cette phrase par le fait que le parlement de Paris écartait quelquefois la demande en nullité, non parce qu'il ne reconnaissait pas l'invalidité du mariage, mais, suivant l'expression d'Agnesseau " pour fermer la bouche à la " mauvaise foi et à l'inconstance de ceux qui réclament contre un " consentement libre et une longue possession. Il faut au moins," ajoutait-il, " qu'il apparaisse que la justice ne se détermine que " par les fins de non-recevoir ; et qu'en déclarant les parties non-" recevables, elle ajoute toujours que c'est sans préjudice à elles " de se retirer par devers l'évêque pour réhabiliter leur mariage, " si faire se doit " *(b)*.

(*a*) Dans notre droit, je ne crois pas qu'on puisse remplacer les publications requises, lorsqu'il n'y a pas eu de dispense, par équivalent. Mais l'absence de publications, ne constituant qu'un empêchement prohibitif, est sans effet sur la validité du mariage.

(*b*) Cité par Loranger, t. 2, n° 405. Je puis ajouter qu'en cela on pouvait s'autoriser des termes de l'article 49 de l'édit du mois de mars 1697 qui ne paraît pas avoir été enregistré au Canada.

Du reste, cette expression se rapporte également à l'appréciation de l'intérêt du demandeur en nullité, intérêt qui doit être né et actuel, quand l'action n'est pas portée par l'un des époux. Par intérêt né et actuel, on entend un intérêt pécuniaire actuellement existant. Ainsi, un intérêt purement moral ne suffirait pas.

J'ai dit que l'absence de publications n'entraîne pas la nullité d'un mariage qui ne serait affecté que de ce vice, car ce n'est là qu'un empêchement prohibitif. Mais la loi tient beaucoup à ces publications comme étant un moyen de prévenir la clandestinité. C'est pour cette raison que l'article 157 porte que " si les publi- " cations requises n'ont pas été faites ou supplées au moyen de " dispense ou licence, ou bien si les intervalles prescrits ou d'usage " pour les publications et la célébration n'ont pas été observés, le " fonctionnaire qui célèbre un mariage sous de telles circonstances " est passible d'une amende qui n'excède pas cinq cents piastres."

Toujours dans le but de prévenir la clandestinité et la célébration de mariages nuls, l'article 158 ajoute que la " pénalité imposée " par l'article précédent est également encourue par le fonction- " naire qui, dans l'exécution du devoir qui lui est imposé, ou dont " il est chargé, touchant la célébration d'un mariage, contrevient " aux règles qui sont prescrites à cet égard par les divers articles " du présent titre." Ces deux articles sont de droit nouveau.

Ces amendes sont recouvrées conformément aux dispositions de l'article 16 du code civil.

7° *L'imcompétence de l'officier de l'état civil.* — Aux termes de l'article 156, c'est là une cause de nullité, mais l'expression qui se trouve à la fin de cet article " sauf au tribunal à juger suivant les circonstances " qualifie-t-elle cette nullité ? Je puis, pour répondre à cette question, reproduire le commentaire de Mourlon.]]

La négative est soutenue. La *publicité* et la *compétence* sont deux faits de nature bien différente. Le premier est complexe, plusieurs éléments concourent à le former : l'absence de l'un d'eux peut donc le rendre *imparfait*, sans l'empêcher complètement. Entre la publicité parfaite et le défaut absolu de publicité, un intermédiaire existe, la publicité imparfaite, qui peut être jugée suffisante pour satisfaire au vœu de la loi.

La *compétence*, au contraire, est *une*. C'est un fait simple, non susceptible de plus ou de moins : car l'officier de l'état civil est ou n'est point compétent ; il n'y a pas de milieu. Or, si par nature la compétence ne comporte point de degrés, si elle n'admet point

d'accomplissement *partiel*, les juges sont nécessairement placés dans cette alternative de reconnaître la validité du mariage, en constatant la compétence de l'officier de l'état civil qui l'a célébré, ou sa nullité, dans le cas contraire (1).

L'affirmative est plus généralement admise. La *compétence* se lie à la *publicité* du mariage. Si, en effet, la loi exige qu'il soit célébré devant l'officier de l'état civil du *domicile de l'une des parties*, c'est surtout afin que les personnes qui ont intérêt à le connaître en soient plus facilement instruites. La question de compétence se trouvant ainsi ramenée à une question de publicité, il appartient aux juges de décider, d'après les circonstances, si la violation des règles qui la régissent suffit ou ne suffit pas pour entraîner la nullité du mariage.

L'article 193 C. N. *(a)* est, d'ailleurs, formel. Il laisse aux juges un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si la violation des *règles prescrites par l'article* 165 C. N., est ou n'est pas assez grave pour faire prononcer la nullité ; or, les règles prescrites par l'article 165 *(b)* sont précisément relatives à la *publicité* du mariage et à la *compétence* de l'officier de l'état civil qui doit le célébrer (2).

Ainsi, le mariage peut être déclaré valable, quoique célébré par un officier de l'état civil *autre que celui du domicile de l'une ou de l'autre des parties (c).*

Mais, bien entendu, il en est autrement lorsque le mariage a été célébré, non par tel ou tel officier *de l'état civil*, mais par un autre officier public absolument incompétent, par exemple, par un notaire, et, à plus forte raison, par un simple particulier. La présence *d'un officier de l'état civil* est, en effet, absolument obligatoire. Sur ce point, les juges n'ont point de pouvoir discrétionnaire.

[[Je compléterai cette discussion en ajoutant que, pour les catholiques, un mariage célébré par un autre que le propre curé,

---

(1) Dur., t. II, nos 339 et suiv. ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 193.

(2) Val., *sur Proud.*, t. I; p. 410 ; *Cours de code civil*, t. I, p. 277 et suiv. ; Dem., t. I, n° 275 *bis*, II ; Bug., à son cours ; Marc., sur l'art. 193 ; MM. Aubry et Rau, t. V, § 467, note 18 ; Zach., t. III, p. 305 et 306 ; Demol., t. I, n° 298 ; Laurent, t. II, n° 483.

(*a*) Nous n'avons pas la disposition de l'article 193 du C. N., mais la réserve de l'article 156 est au même effet.

(*b*) L'article 128 de notre code correspond à l'article 165 du code Napoléon, mais il n'est pas question du domicile des parties.

(*c*) Cela est indubitable dans notre code, sauf, dans le cas des catholiques, que le célébrant doit avoir l'autorisation du propre curé des parties ou de l'évêque.

ou un prêtre autorisé par ce dernier ou par l'évêque, est nul de nullité radicale et qu'aucun tribunal ne peut le reconnaître comme valable, sauf son droit, s'il y a lieu, suivant la remarque de d'Aguesseau, à écarter, par une fin de non-recevoir, une demande formée de mauvaise foi ou par simple caprice par un autre que les époux, en laissant à ces derniers l'opportunité de réhabiliter leur mariage.

8° *Nullité décrétée par suite d'empêchements dirimants reconnus par le droit canon et non mentionnés par le code civil.* — Il me reste une importante question à étudier. Il y a certains empêchements qui, aux termes de l'article 127, restent soumis aux règles de chaque église. J'ai énuméré quelques empêchements dirimants qui relèvent du droit canon et qui ne sont pas mentionnés par le code *(a)*. La nullité qui résulte de ces empêchements dirimants est-elle absolue ou relative ? Je ne parlerai pas de l'empêchement de la *condition* qui n'est pas applicable dans la société moderne.

Les empêchements dirimants résultant du *vœu solennel*, de *la parenté* et de *l'affinité*, du *crime*, de la *disparité du culte*, de *l'Odre*, de *l'honnêteté publique* me paraissent tous produire une nullité absolue *(b)*. En effet, le droit canon prohibe absolument ces mariages et prononce sans restriction leur nullité. Or il est de principe que quand une disposition prononce sans restriction la nullité d'un acte, cete nullité est absolue *(c)*.

L'empêchement du *rapt* peut donner lieu à quelque difficulté. C'est, avons-nous dit, l'enlèvement violent d'une femme contre son gré, dans le but de l'épouser, et qu'on force à contracter mariage alors qu'elle est encore sous l'effet de la contrainte et au pouvoir de son ravisseur. Un semblable mariage est-il nul de nullité absolue ou relative ? Le juge Loranger *(d)* distingue le rapt du cas où la volonté n'a pas été libre, ce qui est une simple nullité relative. Cette distinction paraît certainement bien fondée, car un cas est infiniment plus grave que l'autre *(e)*. Je crois qu'un mariage contracté grâce à un tel crime devra toujours être considéré comme nul, sa nullité est donc perpétuelle et abso-

(*a*) *Supra*, pp. 360-363.

(*b*) J'ai énuméré *la clandestinité* parmi ces empêchements, mais il n'est pas nécessaire d'en parler ici, car il vient d'en être question.

(*c*) Solon, *Théorie sur la nullité*, cité plus haut, p. 123.

(*d*) N° 390.

(*e*) Le rapt est une offense criminelle punissable aujourd'hui par quatorze ans de pénitencier ; autrefois il entraînait la peine de mort.

lue. Le concile de Trente l'a déclaré en termes formels. *Decernit S. Synodus inter raptorem et raptam, quamdiù ipsa in potestate raptoris manserit,* NULLUM POSSE FIERI MATRIMONIUM *(a).* Voilà une défense expresse, on déclare que le mariage, dans ce cas, est impossible. Mais, dira-t-on, cette défense n'est-elle pas faite dans l'intérêt de la femme et cette dernière ne peut-elle pas ratifier plus tard ce mariage forcé ? Cette défense est certainement portée pour protéger la faiblesse de la femme, mais elle s'inspire en outre de motifs d'ordre public et de bonnes mœurs. La femme ne peut ratifier ce qui a toujours été nul. Il est vrai que la femme ravie qui a été remise en liberté *avant le mariage,* peut épouser, de sa libre volonté, le ravisseur et le mariage sera valide. Mais quand la femme a contracté mariage, alors qu'elle était au pouvoir de son ravisseur, le mariage restera perpétuellement nul, elle ne pourra jamais le ratifier, car elle sera toujours en la possession et au pouvoir du ravisseur ou de son complice. Elle ne pourra contracter qu'un nouveau mariage, et ce mariage devra être libre. Voir aussi Pothier, *Contrat de mariage,* n°s 225-227.]]

II. Par quelles personnes peuvent être proposées les nullités absolues. — Les mariages que la loi ne reconnaît pas, les mariages *nuls,* n'existent pour personne. D'où cette première règle : *toute personne a qualité pour en faire prononcer la nullité.*

Mais c'est un principe fondamental de notre droit, que l'*intérêt* est la base, la condition essentielle de toute action. Nul n'est admis à agir en justice, s'il n'a un intérêt légitime à faire constater et protéger *(b).* D'où ce tempérament à notre règle : *ceux qui n'ont point intérêt à la nullité du mariage n'ont point qualité pour la demander.*

Et, pour être autorisé à la poursuivre, il ne suffit point d'être blessé dans quelque espérance, il faut être atteint *dès à présent* dans un intérêt *né et actuel.*

Donc, en résumé, le droit de proposer les nullités absolues appartient à *toute personne actuellement intéressée,* c'est-à-dire à tous ceux dont les droits, *nés et actuels,* seraient anéantis ou compromis si le mariage qu'ils attaquent leur était opposable.

Ont un intérêt né et actuel à la nullité du mariage : 1° les époux eux-mêmes ; 2° l'époux dont le conjoint a contracté un second mariage ; 3° les ascendants ; 4° sous une certaine condi-

(*a*) Cité par Mgr André, *Cours de droit canon,* v° *Rapt.*

(*b*) L'article 13 de notre code de procédure civile dit que " pour former une demande en justice, il faut y avoir intérêt."

tion, les parents collatéraux et les enfants nés d'un autre mariage ; 5° les créanciers des époux *(a)*.

1° *Les époux eux-mêmes...* Chacun d'eux est intéressé à sortir d'une union que la loi et la société condamnent. La nullité peut donc être proposée *même par l'époux qui a trompé l'autre* en lui cachant l'empêchement qui faisait obstacle au mariage. Ainsi, dans l'hypothèse de la bigamie, la nullité du mariage peut être demandée, non seulement par celle des parties qui s'est mariée de bonne foi, mais encore par la partie coupable, par l'époux bigame. La maxime : *nemo audiri debet propriam allegans turpitudinem*, n'a pas ici d'application. La faute qu'a commise l'époux coupable ne doit pas avoir pour effet de le forcer à rester dans une union immorale, que sa conscience, aujourd'hui mieux éclairée et plus libre, désapprouve peut-être. Dans l'intérêt même de la société, il importe qu'il puisse réparer le délit qu'il a commis.

2° *L'époux dont le conjoint a contracté un second mariage...* Il a intérêt à agir dès à présent : car son titre d'époux, toujours subsistant, est méconnu et compromis par le fait seul du mariage qui a été contracté à son préjudice.

Mais, le second mariage n'étant nul qu'autant qu'il existe réellement un mariage antérieur, si les nouveaux époux soutiennent que le premier mariage qu'on leur oppose est nul ou même simplement annulable, et qu'ainsi il ne fait aucun obstacle à la validité de celui qu'ils ont contracté, la validité ou la nullité du premier mariage doit être examinée et jugée *préalablement*. La nullité ou la validité du second dépend de la solution de cette question préjudicielle *(b)*.

3° *Les ascendants...* Ils peuvent demander la nullité, alors même qu'ils ont donné leur consentement au mariage. Cela résulte par *a contrario* de l'article 154, qui établit, *pour un cas spécial* dont nous nous occuperons plus tard, une disposition contraire. La bigamie, l'inceste et la clandestinité du mariage, troublent si gravement l'ordre public, que la loi a dû, afin d'atteindre plus sûrement son but, accorder, même à ceux qui ont favorisé le scandale qu'elle poursuit, le droit d'en demander la cessation.

(*a*) Je laisse pour le moment cette énumération, sauf à indiquer plus loin les dispositions particulières de notre droit qui diffère en quelques détails du droit français.

(*b*) Je crois que la nullité qui résulte d'un mariage existant peut être opposée par toute personne intéressée.

[[Dans notre droit, si le mariage est clandestin, les *ascendants*, et sous ce nom générique on comprend les père et mère, aïeuls et aïeules, ne peuvent l'attaquer qu'autant qu'ils y ont un intérêt né et actuel. C'est la disposition de l'article 156 qui dit que " tout " mariage qui n'a pas été contracté publiquement et qui n'a pas " été célébré devant le fonctionnaire compétent, peut être attaqué " par les époux eux-mêmes et par tous ceux qui y ont un intérêt " né et actuel, sauf au tribunal à juger suivant les circonstances." Au contraire, si le mariage a été contracté en contravention aux articles 124, 125 et 126, c'est-à-dire le mariage entre parents ou alliés en ligne directe, ou entre frère et sœur ou alliés au même degré, ou entre oncle et nièce, tante et neveu, savoir, le mariage incestueux, les père et mère, mais non les autres ascendants, peuvent agir en vertu d'un intérêt purement moral. Cela résulte des articles 152 et 155 qui se lisent comme suit :

152. — " Tout mariage contracté en contravention aux articles " 124, 125, 126, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, " soit par tous ceux qui y ont intérêt."

155. — " Dans le cas où, d'après l'article 152, l'action en nul- " lité compète à tous ceux qui y sont intéressés ; l'intérêt doit être " né et actuel, pour donner ouverture à ce droit d'action en faveur " des aïeux, des parents collatéraux, des enfants nés d'un autre " mariage et des tiers."]]

Mais ce droit appartient-il *concurremment*, c'est-à-dire indistinctement, à tous les ascendants, ou seulement *graduellement*, c'est-à-dire aux uns à défaut des autres ? Ainsi, par exemple, lorsque les père et mère gardent le silence, les aïeuls ont-ils qualité pour agir ?

Suivant quelques personnes, ce droit est général : il appartient sans distinction à tous les ascendants, aux plus éloignés comme aux plus proches. " Quelle est, disent-elles, la nature de l'intérêt qui lui sert de base ? Un intérêt *purement moral ! (a)* Il s'agit, en effet, dans l'espèce, du maintien des bonnes mœurs et du bon ordre dans la famille, de son *honneur*, en un mot ; or, cet intérêt existe pour tout ascendant quel qu'il soit. Donc, etc......" (1).

Suivant l'opinion commune, au contraire, ce droit ne leur est conféré que graduellement, aux uns à défaut des autres, et dans

---

(1) MM. Aubry et Rau, t. V, § 461, note 19 ; Marc., sur l'art. 184 ; Laurent, t. II, n° 490.—M. Valette a fini par se rallier à cette opinion (*Cours de code civil*, t. I, p. 256).

(*a*) Aux termes de notre article 155 cet intérêt purement moral ne suffirait pas dans le cas des aïeux.

l'ordre suivant lequel la loi les appelle à consentir au mariage ou à y former opposition.

Et, en effet, l'action en nullité conférée aux ascendants a pour base l'honneur de la famille à sauvegarder ; c'est afin qu'ils puissent y maintenir le bon ordre et l'élever par ses bonnes mœurs, qu'on leur permet d'agir. Or, ce droit de protéger la famille contre toute atteinte qui pourrait l'amoindrir, de sauvegarder son honneur, n'appartient pas et ne peut pas appartenir sans distinction à tout ascendant ; cette magistrature domestique n'appartient et ne peut appartenir qu'aux ascendants les plus proches. Ce n'est qu'à leur défaut qu'elle passe aux ascendants les plus éloignés *(a)*. Autrement, toute hiérarchie et, par suite, toute discipline serait détruites : le but de la loi serait manqué, l'anarchie serait dans la famille (1).

4° *Les collatéraux et les enfants nés d'un autre mariage*. . . Signalons une différence marquée entre les [[*père et mère*]] et les *collatéraux*.

Il faut avoir un intérêt *né et actuel* à la nullité du mariage pour être autorisé à la demander.

L'intérêt des [[*père et mère*]] naît avec le mariage même : car, dès qu'il existe, la paix et l'honneur de la famille sont compromis. Ils peuvent donc agir *dès à présent*.

Il n'en est pas de même des *collatéraux* [[et des *ascendants autres que les père et mère*]]. Leur intérêt, au lieu d'être moral, est purement pécuniaire, [[ajoutons que puisque l'intérêt doit être *né* et *actuel*, il ne suffirait pas qu'il fût *conditionnel* ou *contingent*]] : c'est un *intérêt de succession* ; or, par sa nature même, cet intérêt n'existe qu'au *décès* de leur parent. Aussi ne sont-ils point admis à proposer la nullité de son mariage tant qu'il est vivant. Ils ne sont écoutés que lorsqu'ils prétendent recueillir sa succession, à l'exclusion des enfants nés du mariage dont ils demandent la nullité. En d'autres termes, ce n'est point comme *parents*, mais comme *héritiers*, qu'ils ont le droit d'agir.

Et ce qui est vrai des *collatéraux* l'est également, et par la même raison, des *enfants nés d'un autre mariage*. Les uns et les autres ne peuvent point, *du vivant des époux*, troubler leur union et en faire prononcer la nullité *(b)*.

---

(1) Dem., t. I, n° 270 *bis*, I ; Bug., à son cours ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art., 186 ; M. Demol., t. I, n° 303.

(*a*) Remarquons que, dans notre droit, l'autorité paternelle et ses attributs ne passent jamais aux aïeuls ou aïeules.

(*b*) Il existe une différence notable entre l'article 187 du code Napoléon et l'article 155 de notre code. Le premier dit que "dans tous les cas où, conformément à l'article 184, l'action en nu llité peu

Toutefois, s'il ne leur est point permis d'agir du vivant de leur parent, c'est qu'en principe leur intérêt n'existe qu'à son décès. Mais le contraire peut arriver : car, la validité du mariage pouvant intéresser d'autres successions que celle des époux, il se peut que les collatéraux ou les enfants nés d'un précédent mariage aient un intérêt né et actuel à agir dès à présent. Je prends deux espèces.

1re *Espèce.* — Mon frère, qui est décédé, a laissé un fils, lequel a des enfants nés d'un mariage incestueux ou entaché de bigamie. Le fils de mon frère renonce à sa succession, ou bien encore, il en est écarté comme indigne : — si ses enfants étaient légitimes, c'est-à-dire si son mariage était valable, la succession de mon frère leur serait dévolue à mon exclusion, car les petits-enfants passent avant le frère du défunt (art. 625). J'ai donc, *quoique mon neveu soit vivant*, un intérêt né et actuel à la nullité de son mariage : car, si je la fais prononcer, je prouverai par là même que ses enfants sont illégitimes et qu'ainsi ils n'ont aucun droit à la succession que je revendique.

2e *Espèce.* — *Paul*, qui a des enfants d'un premier mariage, en a contracté un second qui est incestueux ou entaché de bigamie. Des enfants sont nés de ce mariage. L'un des enfants du premier lit meurt sans enfants : — si le second mariage de Paul était valable, la succession de son fils décédé appartiendrait (pour partie) aux enfants du premier lit *concurremment* avec ceux du second (art. 633). Les premiers ont, par conséquent, bien que *leur père soit vivant*, un intérêt né et actuel à demander la nullité de son mariage. Ils peuvent donc la demander dès à présent (1).

être intentée par tous ceux qui y ont intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux ou par les enfants nés d'un autre mariage, *du vivant des deux époux*, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel." Notre article 155, au contraire, ne contient pas les mots : *du vivant des deux époux* et se contente d'exiger un intérêt né et actuel. Donc si cet intérêt né et actuel existe même du vivant des époux on pourra l'exercer. Remarquons en outre que notre article 155 mentionne les tiers.

(1) Quelques personnes sont d'un avis contraire. Aux termes de l'art. 242, les enfants, à tout âge, doivent honneur et respect à leurs père et mère ; or, ce serait manquer à ce devoir et faire ce que la loi défend, qu'intenter contre leur père une action de la nature de celle dont il s'agit : donc.... (Proud., t. I, p. 440 ; Bug., à son cours ; M. Demol., t. I, n° 307). [[Dans notre droit, l'action en nullité est expressément donnée et sans réserve aux enfants nés d'un autre mariage lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. Cette objection serait donc sans force.]]

L'opinion énoncée au texte m'a semblé préférable. Lorsqu'un mariage est nul, la loi ouvre une action à toute personne actuellement

5° *Les créanciers des époux...* Ils peuvent avoir intérêt à demander la nullité du mariage, soit pour mettre à l'abri de la rescision telle ou telle obligation que la femme a, sans autorisation, contractée envers eux (art. 177), soit, lorsque le mari est insolvable, pour écarter l'hypothèque légale qu'elle a sur ses biens et en vertu de laquelle elle serait payée avant eux (art. 2029). Cet intérêt suffit-il pour les autoriser à poursuivre la nullité du mariage ?

La négative est soutenue. " Sans doute, dit-on, l'article 184 [[C. N.]] permet d'agir à tous ceux qui ont un intérêt actuellement ouvert à la nullité du mariage : sa disposition est générale dans ses termes. Mais l'article 187 [[C. N.]], revenant sur les expressions : *tous ceux qui y ont intérêt*, employées par l'article 152 [[C. N.]], et les commentant, en limite le sens et la portée. Il précise l'espèce d'intérêt qu'il faut avoir à la nullité du mariage pour être autorisé à la demander : l'intérêt exigé doit consister en *un droit de succession.* Un intérêt quelconque ne suffit donc point ; autrement, et cela serait absurde, l'intérêt le plus minime, quelques centaines de francs compromis, autoriseraient le premier venu à mettre en question la validité du mariage !" *(a).*

L'opinion contraire est plus généralement admise. " La règle posée par l'article 184 [[C.N.]] est, dit-on, absolue, générale : *Toute personne actuellement intéressée à la nullité du mariage peut*, y est-il dit, *la demander.* L'article 187 [[C. N.]] ne contredit en aucune façon l'article 184 [[C. N.]]. Il ne dit point qu'un *intérêt de succession* peut seul servir de fondement à l'action en nullité ; c'est sur un autre point qu'il s'explique. Sa pensée est celle-ci : lorsque l'intérêt à la nullité en mariage consiste en un droit de succession, il faut, pour qu'on puisse agir, que ce droit soit ouvert par le décès de l'époux du chef duquel on agit (1)."

---

intéressée à le dépouiller de ses effets : dans l'espèce, cet intérêt existe au profit des enfants : donc, etc. (Dem., t. I, n° 270 *bis*, II). L'exercice de cette action sera peu moral sans doute ; mais la loi a pensé que la morale et l'ordre public seraient plus gravement atteints s'il était permis à des enfants nés d'une union criminelle de l'invoquer provisoirement, à l'effet de s'emparer en partie d'une succession à laquelle ils n'ont aucun droit. Voy. aussi M. Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 257 et 258, et M. Laurent, t. II, n° 493.

(1) M. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 428, et *Cours de C. civ.*, t. I. p. 257 et 259 ; Marc., sur l'art. 184 ; Demol., t. I, n° 303 ; Aubry et Rau, t. V, § 461, note 21 ; Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 327 ; Laurent, t. II, n° 494. [[Voyez ma note (*a*), ci-dessous.]]

(*a*) Cet argument ne pourrait se faire dans notre droit. On le déduit, en France, des termes de l'article 187 du code Napoléon qui dit que dans tous les cas où l'action en nullité peut être intentée par

Si, d'ailleurs, l'intérêt des créanciers est quelquefois minime, il peut être fort grave dans certains cas : faut-il donc alors le sacrifier pour l'honneur d'un mariage criminel ? [[Remarquons d'ailleurs que notre article 155 mentionnant les *tiers*, ce qui comprend les *créanciers*, la question ne peut même pas se soulever dans notre droit.

III. Autres nullités absolues non-mentionnées. — Il y a certaines nullités absolues, qui, n'étant même pas mentionnées en ce chapitre, doivent appeler notre attention ici. Par qui ces nullités peuvent-elles être soulevées ? Ainsi, il y a la disposition de l'article 116, qui dit qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement, et qu'il ne faut pas confondre avec l'article 148, qui ne parle que des cas où le consentement n'a pas été libre, ce qui est une nullité relative. Comme je l'ai dit le prétendu mariage contracté *sans consentement* est radicalement nul. Si même il faut une action pour faire prononcer la nullité d'un semblable mariage, cette action compète à tout intéressé, parent ou non. Cet intérêt doit être pécuniaire, sauf, je crois, quand l'action est portée par les prétendus époux ou les père et mère, auquel cas un intérêt purement moral serait suffisant.

Prenons maintenant le cas de l'article 118 qui dit qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Cette nullité peut être soulevée par toute personne intéressée et cet intérêt sera pécuniaire, sauf le cas des époux et peut-être des père et mère. Je n'ai pas besoin de parler du mariage contracté par le conjoint de l'absent en contravention de l'article 108. Cet empêchement, ainsi que je l'ai dit plus haut *(a)*, est actuellement prohibitif, et conditionnellement dirimant, c'est-à-dire que le mariage est affecté de nullité absolue sous la condition suspensive qu'il sera démontré que l'absent existait à l'époque de ce second mariage.

Il y a bien le cas des impuissants, quand l'impuissance, soit naturelle soit accidentelle, existait lors du mariage et était apparente et manifeste. Mais aux termes de l'article 117, cette nullité ne peut être invoquée que par la partie même avec qui l'impuissant a contracté et cette partie n'y est plus recevable si elle a laissé passer trois ans sans se plaindre. Cette nullité n'est donc que relative.

---

les parents collatéraux ou par les enfants nés d'un autre mariage, elle ne peut l'être *du vivant des époux*, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. Nous n'avons pas de disposition semblable dans notre droit. Voyez *supra*, p. 425, note (*b*).

(*a*) P. 319.

L'article 153 du présent chapitre fait allusion au mariage contracté par les impubères, ce qui est défendu par l'article 115. Il porte que " le mariage contracté par les époux qui n'avaient " pas encore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait pas " atteint cet âge, ne peut plus être attaquée : 1° lorsqu'il s'est " écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint " l'âge compétent ; 2° lorsque la femme qui n'avait pas cet âge, " a conçu avant l'expiration de six mois. "

On enseigne en France que cette nullité est à la fois *absolue* et temporaire. C'est une exception au principe que les nullités absolues sont perpétuelles et qu'elles ne peuvent jamais se couvrir par quelque laps de temps que ce soit. Malgré cette exception à ce principe si bien établi, il n'est aucun doute que la doctrine française est dans le vrai quand elle affirme que la nullité du mariage contracté par l'impubère est à la fois absolue et temporaire. L'article 144 du code Napoléon prohibe ces mariages dans des termes aussi formels que notre article 115, qui n'en diffère que sous le rapport de l'âge requis. Mais il y a une autre disposition qui confirme celle de l'article 144. C'est celle de l'article 184 du code Napoléon. Cet article dit que " tout mariage contracté en contravention aux articles 144 (cas de l'impuberté), 147 (cas du mariage existant), 161, 162 et 163 (cas du mariage entre parents), peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public. " Voilà donc les caractères de la nullité absolue. " Néanmoins ", dit l'article 185 du code Napoléon, " le mariage contracté par des époux qui n'avaient point l'âge requis ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué, 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent ; 2° lorsque la femme qui n'avait point cet âge, a conçu avant l'échéance de six mois." Cette nullité absolue est donc temporaire.

Mais, dans notre droit, le mariage de l'impubère est-il nul de nullité absolue ? Le juge Loranger l'enseigne (n° 66), mais il refuse de reconnaître à cette nullité absolue les effets qui découlent de toute nullité absolue, car il dénie l'action en nullité aux tiers (n° 403).

La raison de douter, c'est qu'à ne considérer que les termes de l'article 152, on ne pourrait guère se justifier, en l'absence d'un texte formel comme celui de l'article 184 du code Napoléon, à conclure que le mariage contracté par l'impubère est nul de nullité absolue. En effet, l'article 152 de notre code ne refère

qu'aux articles 124, 125 et 126 qui défendent le mariage entre parents, et ne parle pas des articles 115 et 118 qui prohibent le mariage des impubères et de ceux qui sont engagés dans les liens d'un mariage existant. Il est vrai que le mariage de l'impubère est prohibé par une loi prohibitive, et que les lois prohibitives emportent nullité (art. 14), laquelle est absolue et radicale lorsque la loi prohibitive s'inspire de motifs d'ordre public *(a)*, ce qui est certainement le cas de notre article 115. Aussi, si cette disposition était isolée, il n'y aurait même pas lieu à se demander si le mariage contracté par un impubère est radicalement nul.

Mais cette loi probibitive est qualifiée par une disposition subséquente qui paraît lui enlever son caractère de prohibition absolue. C'est celle de l'article 153 qui se lit comme suit :

153.—" Néanmoins *(b)* le mariage contracté par les époux qui " n'avaient pas encore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait " pas atteint cet âge, ne peut plus être attaqué :

" 1° Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou " les époux ont atteint l'âge compétent ;

" 2° Lorsque la femme qui n'avait pas cet âge, a conçu avant " l'expiration de six mois."

Voilà donc que cette nullité, qu'elle soit absolue ou relative, n'est qu'une nullité temporaire, comme dans le droit français. Or il est de principe que les nullités absolues ne peuvent jamais se couvrir par quelque laps de temps que ce soit. Donc cette nullité, à ne considérer que les termes de l'article 152, semblerait n'être que relative. On décide précisement le contraire, en France, parce que l'article 184 du code Napoléon, qui correspond à l'article 152 de notre code, fait une mention spéciale de l'article 144 du code Napoléon (l'article 115 de notre code) et accorde l'action en nullité, dans le cas du mariage de l'impubère, aux époux et à tous ceux qui y ont intérêt. Mais nous n'avons pas de disposition semblable dans notre code. Le caractère distinctif de la nullité absolue, — la faculté accordée à toute personne inté-

---

(*a*) Voir *supra*, pp. 124, 125.

(*b*) Ce mot *néanmoins* est emprunté à l'article 185 du code Napoléon. Il est à sa place dans ce dernier article, car l'article 184 du même code accorde l'action en nullité, contre le mariage contracté par l'impubère, non seulement aux époux, mais encore à tous ceux qui y ont intérêt. Mais, dans notre code, comme l'article 152 ne fait aucune allusion à la prohibition de l'article 115, le juge Loranger (n° 401), pense que le mot *néanmoins*, qui relie l'article 152 à l'article 153, n'a pas sa raison d'être.

ressée de l'invoquer, — paraît donc manquer dans notre code. Au contraire, le caractère distinctif de la nullité relative, — la faculté de se couvrir et de se valider par le laps de temps,—est attribuée à la nullité qui résulte du mariage contracté par l'impubère.

On peut ajouter à cela que notre article 152 est copié sur l'article 184 du code Napoléon. Si le législateur avait voulu rendre les mariages contractés par des impubères nuls de nullité absolue, il n'eût pas manqué, à l'instar des auteurs du code Napoléon, de mentionner cet article dans la disposition qu'il a tirée de ce code. Or, dans notre droit, l'article 152, tel que rédigé, se limite aux mariages incestueux.

J'ai voulu exposer, dans toute sa force, cette raison de douter. Si l'article 152 rend exactement la pensée du législateur, il sera bien difficile de refuser de l'accueillir. Mais cet article, par suite de ce qui paraît n'être que le résultat, soit d'un accident, soit d'une simple distraction, ne rend pas la pensée des codificateurs. Dans leur deuxième rapport *(a)* les commissaires, référant à l'article 37 de leur projet qui est devenu l'article 152 du code civil, disent : " *le mariage contracté avant l'âge légal* (art 7), ou " entre des parents ou alliés entre qui la loi le défend (art. 9, " 10), peut être attaqué par les époux et par tous ceux qui y ont " intérêt " *(b)*. Voilà donc la disposition que les codificateurs entendaient formuler. Elle aurait dit, si elle avait rendu leur pensée, que tout mariage contracté en contravention aux articles **115**, 124, 125 et 126, peut être attaqué, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt. Cela étant, le mot *néanmoins* avec lequel commence l'article 153 aurait eu sa raison d'être, et l'article 152 aurait, quant aux mariages contractés par les impubères, reproduit exactement la disposition de l'article 185 du code Napoléon.

En face de cette distraction manifeste du législateur, d'un côté, et de sa déclaration formelle que *le mariage contracté avant l'âge légal* peut être attaqué par les époux ou par tout ceux qui

---

(*a*) Tome I, p. 184.

(*b*) L'article 7 du projet est devenu l'article 123 qui exempte de faire des sommations respectueuses aux père et mère. On voulait sans doute renvoyer à l'article I[er] du projet. Le texte anglais du passage que j'ai cité, réfère à l'article 8 qui est notre article 124 et qui prohibe les mariages entre ascendants et descendants. L'article 37 du projet des codificateurs,qui est devenu l'article 152 de notre code, nomme les articles 8, 9 et 10 du projet qui correspondent à nos articles 124, 125 et 126. L'article 37 du projet a donc été fidèlement reproduit par l'article 152 du code civil.

y ont intérêt, d'un autre côté, devons-nous nous prévaloir de l'omission accidentelle de l'article 115 dans l'énumération de l'article 152, pour atténuer la force d'une prohibition formelle, portée pour un motif d'ordre public et dans l'intérêt des bonnes mœurs ? Je ne le crois pas. Il est hors de doute que le législateur regardait le mariage de l'impubère comme frappé d'une nullité absolue. Il ne faisait, en cela, qu'énoncer la doctrine, et du droit ancien, et du droit canon. Je crois donc que, dans notre droit comme dans le droit français moderne, on devra regarder cette nullité comme étant radicale. Contrairement au principe général des nullités, cette nullité sera temporaire, mais cette conséquence résulte de la volonté expresse du législateur qui peut déroger aux principes qu'il a lui-même établis *(a)*.

Mais pendant qu'il en est encore temps, à qui compète l'action en nullité contre le mariage contracté par l'impubère ? Je répondrai à cette question en reproduisant plus loin ce que Mourlon dit des mariages contractés par les impubères, et qu'il appelle des *nullités mixtes*.]]

Les nullités absolues que nous venons d'étudier ne sont point, je l'ai dit plusieurs fois, susceptibles de se couvrir ; mais elles peuvent, dans certains cas, être écartées par une fin de non-recevoir tirée d'un motif particulier au demandeur en nullité. Ainsi :

1° Les personnes qui ne sont admises à les proposer que dans un intérêt *purement pécuniaire* sont non-recevables à le faire lorsqu'elles ont renoncé au droit qui servait de fondement à leur action en nullité ou lorsqu'il est éteint par prescription ;

2° Dans le cas où la nullité a pour cause le défaut de publicité, la possession d'état d'époux légitime constitue pour les époux, *mais pour eux seuls*, une fin de non-recevoir (art. 161).

§ II. — *Des mariages annulables. — Nullités relatives et temporaires.*

Les nullités *relatives* sont au nombre de [[trois]]. Elles ont leur fondement soit dans un vice du consentement de l'une ou de l'autre des parties, soit dans l'absence du consentement des personnes sous la puissance desquelles elles étaient quant au mariage.

(a) Le mot "néanmoins" qui relie l'article 153 à l'article 152 démontre évidemmunt que le législateur croyait que l'article 115 était mentionné dans l'énumération de l'article 152, car autrement ce mot n'aurait pas de sens.

I. Nullité provenant d'un vice du consentement de l'une ou de l'autre des parties. — " Il n'y a point de mariage *lorsqu'il n'y a pas* de consentement " (art. 116).

" Le mariage qui a été contracté *sans le consentement libre* des deux époux, ou de l'un d'eux, *ne peut être attaqué que* par les époux ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre.

" Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur " (art. 148).

Ces deux dispositions ne doivent pas être confondues. Les faits qu'elles prévoient sont différents et distincts, comme les solutions qu'elles contiennent.

L'article 116 suppose l'*absence absolue* du consentement ;

L'article 148 prévoit l'hypothèse d'un *consentement imparfait, vicié.*

Lorsque le consentement fait absolument défaut, le mariage est *nul* ou *inexistant* (art. 116) ;

Lorsque le consentement existe, mais infecté d'un vice qui le rend imparfait, le mariage existe, mais infecté d'un vice qui le rend *annulable* (art. 148).

De là toutes les différences que nous avons signalées entre les mariages *nuls* et les mariages *annulables*.

Il y a absence complète et absolue de consentement :

1° Lorsque l'une des parties, au moment où elle a répondu *oui*, se trouvait, soit par l'effet de l'ivresse, soit par l'effet de la démence ou de la folie, entièrement privée de raison ;

2° Lorsque, l'une des parties ayant répondu *non*, l'officier de l'état civil, par erreur ou collusion, a écrit *oui* dans l'acte de célébration qu'il a dressé.

Nous n'avons ici à nous occuper que des *vices du consentement*.

Selon le droit commun, c'est-à-dire quant aux contrats ordinaires, la loi considère comme vices du consentement : 1° la *violence ;* 2° l'*erreur ;* 3° le *dol* (voy. art. 991-1000).

Quant au *mariage*, la loi ne cite comme causes d'annulation que le *défaut de liberté* et l'*erreur dans la personne*. Le *dol*, par lui-même, ne constitue donc point en notre matière un vice du consentement. Y a-t-il erreur, *erreur dans la personne :* cette erreur, alors même qu'elle n'est point née de la fraude, vicie le consentement et rend le mariage annulable. Y a-t-il dol, sans erreur dans la personne : le mariage est et reste valable, si blâ-

mables qu'aient été, d'ailleurs, les machinations pratiquées par l'une des parties contre l'autre, et *alors même qu'il est démontré que sans ces machinations le mariage n'aurait pas eu lieu*.

Ce système blessera l'équité dans quelques cas particuliers ; mais la sécurité des familles l'a rendu nécessaire. Il arrive souvent que les parties, trompées dans des illusions qu'elles s'étaient faites, regrettent leur liberté ; or, si le dol eût été une cause d'annulabilité du lien qu'elles ont formé, elles n'eussent point manqué de se dire victimes de quelque surprise ou machination. Peu d'entre elles eussent réussi, sans doute ; mais ces attaques auraient compromis la solidité du mariage et jeté le trouble dans la société.

Du défaut de liberté. — Le consentement nécessaire pour la parfaite validité du mariage doit être *librement donné.* La violence détruit la liberté en inspirant la crainte : la violence fait donc obstacle à la parfaite validité du mariage.

Toutefois, celui qui consent par crainte consent néanmoins, puisque entre deux maux qu'il redoute il choisit le moindre, ce qui suppose un acte réfléchi de sa volonté : *Qui mavult vult.* Le consentement qu'il donne n'est point libre, sans doute : un vice l'infecte, qui le rend *imparfait.* Mais, enfin, tout vicieux qu'il est, il existe : *Coacta voluntas, sed voluntas.*

La violence n'est donc pas absolument destructive du consentement : le mariage qu'elle détermine n'est point *nul* par conséquent.

Elle ne fait que vicier le consentement ou le rendre imparfait : le mariage dans lequel elle se rencontre n'est, par conséquent, qu'*annulable* (1).

(1) La *violence* est-elle le seul fait qui soit, aux yeux de la loi, destructif de la *liberté du consentement !* Je ne le pense pas. La loi parle en termes généraux : elle pose le principe de l'annulabilité du mariage par le *défaut de liberté*, sans indiquer la nature et le caractère des faits qui peuvent constituer ce vice du consentement. Le mariage est donc annulable dès que le consentement de l'une des parties n'a pas été donné *librement*, quelle que soit, d'ailleurs, la cause qui a altéré sa liberté. Ainsi, lorsque l'une d'elles était atteinte de folie quand elle s'est mariée, son mariage est *nul*, ou *annulable* seulement, suivant la gravité de son état, c'est-à-dire suivant que sa folie a été destructive du *consentement lui-même*, ou simplement destructive de la *liberté du consentement* (Dem., t. I, p. 359).

— Mais je n'irai point jusqu'à dire que la *séduction* est *légalement*, de même que la violence ou la folie, un vice du consentement, et, par suite, une cause d'annulabilite du mariage. Je reconnais pourtant : 1° qu'elle peut, dans certains cas et philosophiquement parlant, porter atteinte à la liberté du consentement ; 2° qu'en principe, toute cause destructive de la liberté du consentement rend le mariage annulable. Mais à ce principe j'apporte ce tempérament : le défaut de

De l'erreur sur la personne. — Le mariage infecté de cette espèce d'erreur n'est pas valable. Mais quand y a-t-il *erreur sur la personne!* Cette espèce d'erreur n'existe-t-elle qu'au cas où l'on a épousé une femme qui *physiquement* n'est pas celle qu'on a voulu épouser? A-t-elle lieu lorsqu'on ne trouve point dans la personne qu'on a épousée *les qualités* qu'on pensait qu'elle avait? En d'autres termes, la loi entend-elle parler de l'erreur sur l'*individu*, c'est-à-dire sur la *personne physique*, ou bien de l'erreur sur les *qualités civiles* de la personne, c'est-à-dire sur la *personne civile ou sociale!* Cette question est controversée. Voici, en résumé, les systèmes auxquels elle a donné lieu.

Premier système. — L'erreur sur L'INDIVIDU, *c'est-à-dire sur l'identité physique de la personne, constitue seule* L'ERREUR SUR LA PERSONNE; *elle seule fait obstacle à la validité du mariage. La loi ne tient aucun compte de l'erreur qui ne tombe que sur les* QUALITÉS *de la personne.* — Il y a erreur *sur la personne* lorsqu'on épouse une personne qui *physiquement* n'est pas celle qu'on croyait épouser. J'ai l'intention d'épouser *Marie;* une autre femme, qui a même nom, même taille, même voix, et dont le visage est couvert d'un voile, prend sa place devant l'officier de l'état civil, qui, trompé ou complice, me demande si je consens à épouser Marie ici présente: je réponds affirmativement. Voilà *l'erreur dans la personne!*

Il y a erreur *sur les qualités*, lorsque la personne qu'on a déclaré vouloir prendre pour épouse, étant, d'ailleurs, physiquement celle qu'on voulait épouser, n'a pas les qualités qu'on croyait qu'elle avait. J'ai voulu épouser Marie, et physiquement c'est bien Marie que j'ai épousée. Mais je l'ai crue *bien portante*, et elle était atteinte d'une maladie mortelle et héréditaire; *vertueuse*, elle s'était prostituée; *noble*, elle ne l'était pas. Voilà l'*erreur sur les qualités!*

---

liberté, *lorsqu'il résulte d'un fait toléré par la loi*, n'est point une cause d'annulation du mariage. Or, la loi *tolère la séduction*, puisqu'elle tolère le *dol!*

Ainsi, de deux choses l'une:

La *séduction* dont se plaint l'une des parties a-t-elle été honnête et loyale: personne assurément n'admettra que cette partie ne s'est point mariée librement.

A-t-elle été coupable, c'est-à-dire environnée d'artifices que la morale condamne, de machinations frauduleuses: elle se confond alors avec le *dol*, et le dol ne vicie point le consentement.

Voy., en sens divers, Toull., t. I, n° 511; Marc., sur l'art. 180; Dur., t. II, n° 54; MM. Demol., t. I, n° 250; Aubry et Rau, t. V., § 462, notes 1 et 2; Laurent, t. II, n°s 301 et 302.

Ces deux espèces d'erreur sont donc parfaitement distinctes. L'ancien droit ne les confondait pas. Pothier en traitait même dans deux paragraphes différents (1). La première, l'*erreur sur la personne*, rendait le mariage *nul ;* la seconde, l'erreur *sur les qualités*, le laissait subsister.

Or, qu'a fait le code ? a-t-il attaché la nullité du mariage, non seulement à l'erreur *sur la personne*, mais encore a l'erreur *sur les qualités ?* Non ! l'article 148 n'a trait qu'à l'erreur *sur la personne ;* il n'y est nullement question de l'erreur *sur les qualités*. Donc, etc.

Cette interprétation est confirmée en ces termes par M. Portalis, dans son *exposé des motifs :* " L'erreur, en matière de mariage, ne s'entend point d'une simple erreur *sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne* à laquelle on s'unit ; mais d'une erreur qui a pour objet la *personne même*. Mon intention déclarée était d'épouser une telle personne ; on me trompe, ou je suis trompé par un concours singulier de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré : le mariage est nul " (Fenet, t. IX, p. 167).

Ainsi, point de nullité si j'ai épousé Marie, la croyant *noble*, tandis qu'elle est de la plus basse roture, ou la croyant *vertueuse*, tandis qu'elle s'est prostituée, ou *de bonne renommée*, quoiqu'elle ait été flétrie par la justice (Poth., n° 310).

— Ce système est aujourd'hui universellement abandonné. Je dirai tout à l'heure les motifs qui l'ont fait rejeter.

Second système. — L'article 148 *traite tout à la fois de l'erreur sur la personne physique et de l'erreur sur certaines qualités essentielles dites* CONSTITUTIVES DE LA PERSONNALITÉ CIVILE. — Et, en effet :

1° Si l'article 148 n'avait trait qu'à l'erreur *sur l'identité physique* de la personne, sa disposition se trouverait à peu près inutile et sans objet, puisqu'elle serait restreinte à une hypothèse si difficilement réalisable, qu'on n'en peut trouver qu'un seul exemple dans l'histoire, celui de Jacob, qui, voulant épouser Rachel, épousa Lia. Or, il ne se peut pas que les rédacteurs du code, esprits si éminemment positifs et pratiques, n'aient visé qu'une pure abstraction !

2° Aux termes de l'article 149, l'époux induit en erreur a, pour intenter son action en nullité, six mois à compter du jour *de la découverte de son erreur*.

(1) *Contrat de mariage*, 4e partie, chap. I, sect. 1 ; art. 1, *De l'erreur ;* § 1, *De l'erreur sur la personne ;* § 2, *De l'erreur sur la qualité de la personne*.

Ce délai fut critiqué au Conseil d'État. A quoi bon, fit-on remarquer, un délai aussi long ? L'erreur sur *l'identité physique* de la personne n'est pas de nature à se prolonger après la célébration du mariage : elle sera toujours *immédiatement* découverte.

On le maintint cependant. Ce délai, fut-il répondu, est nécessaire : car, comme il s'agit non seulement de l'erreur *sur l'identité physique*, mais encore de l'erreur *sur l'identité morale ou civile* de la personne, l'époux trompé en a besoin pour s'assurer, par des informations et des recherches, s'il a été effectivement induit en erreur (Fenet, t. IX, p. 43 et 85). — Quoi de plus formel ?

2° Le tribunal de cassation avait proposé de substituer les mots *erreur sur l'individu* aux mots *erreur dans la personne*.

L'*individu*, c'est l'homme considéré dans l'ordre purement physique ou naturel ; *la personne*, c'est l'homme considéré au point de vue des qualités qui le *personnalisent* dans l'ordre civil.

Si donc le code eût accepté la substitution qui lui était proposée, il eût été alors vrai de dire que l'erreur sur *l'individu*, c'est-à-dire sur la *personne physique*, fait seule obstacle au mariage ; or, il l'a rejeté ! Donc l'erreur sur la personne, c'est-à-dire sur l'individu considéré au point de vue des qualités qui le personnalisent dans l'ordre civil, est une cause de nullité aussi bien que l'erreur sur *l'individu* ou la personne physique.

Ainsi, et c'est un point admis aujourd'hui, l'erreur sur la *personne civile*, c'est-à-dire sur les qualités de l'individu qu'on épouse, vicie le consentement et rend le mariage annulable. Toutefois, ce principe doit être entendu avec mesure. Il ne faut pas croire, en effet, que *toute erreur de qualité* soit une cause de nullité du mariage. L'erreur dont parle la loi est celle qui porte sur les qualités constitutives de la personnalité civile. " Tout individu, disait au Conseil d'État M. Thibaudeau, a des qualités essentielles qui constituent son existence et le *personnalisent*. C'est dans ce sens que le mot *personne* a toujours été pris." Mais comme il s'agit ici du mariage, et qu'il faut entendre *secundum subjectam materiam* les mots dont la loi s'est servie, les qualités constitutives de la personne sont en cette matière celles qui, rendant l'individu propre au mariage, en font une personne MARIABLE.

Par exemple, la personne qui, *à son insu*, a épousé un individu atteint d'*impuissance*, peut faire annuler son mariage : car l'individu qu'elle a épousé, manquant de la qualité qui donne l'apti-

tude au mariage, n'a point la personnalité qu'elle avait cru trouver en lui *(a)*.

Il faut en dire autant de la personne *catholique* qui, par erreur, a épousé un *prêtre* ou tel autre individu ayant fait un vœu solennel de continence : car, quant à elle, et selon sa conscience, cet individu est *moralement incapable de remplir le but du mariage* (1).

Hors ces cas, l'erreur sur les qualités physiques, civiles ou morales, laisse subsister le mariage. J'ai épousé Marie. Je la croyais fille d'un tel, elle était la fille d'un autre. Je l'ai crue fille légitime, elle ne l'était pas ; honnête, c'était une prostituée ; de bonne renommée, elle avait été flétrie par une condamnation infamante...... mon mariage est valable et je le dois subir.

Troisième système. — Il se formule en deux propositions :

1° L'article 148 ne vise point l'erreur *sur la personne physique, sur l'individu ;* cette hypothèse appartient à l'article 116. Quand il y a erreur sur *la personne physique*, le mariage n'est pas *annulable* seulement ; il est *nul* ou *inexistant.* On sait, en effet, que le mariage est radicalement nul lorsqu'il y a eu de la part de l'une des parties *absence absolue de consentement ;* or, lorsque, voulant épouser *Marie*, que je connais et que je crois à mes côtés devant l'officier de l'état civil, j'ai dit : *oui*, tandis que c'était *Jeanne* qui, à mon insu, avait pris la place de *Marie*, il est clair qu'il n'y a eu de ma part aucun consentement à prendre *Jeanne* pour épouse, et partant qu'il n'y a point de mariage, conformément au principe doctrinal de l'article 116.

2° L'article 148 ne vise et ne règle que l'erreur *sur la personne civile* ou *sociale*, c'est-à-dire *sur les qualités de l'individu* auquel on consent à s'unir. Dans ce cas, il y a consentement, car la personne que j'ai déclaré prendre pour épouse est bien physiquement celle à laquelle je songeais et à laquelle je voulais m'unir, mais consentement vicié, puisqu'il a été déterminé par des qualités que je lui croyais et qu'elle n'avait pas. Dès lors mon mariage est *annulable.*

(1) Si, comme l'admet la cour de cassation, la prêtrise constitue un empêchement dirimant, le mariage contracté par un prêtre est nul, même indépendamment de toute erreur de l'autre partie. [[Il n'est pas douteux que la prêtrise ou les vœux solennels et perpétuels ne soient un empêchement dirimant dans notre droit.]]

(*a*) Comme le lecteur le sait, cet empêchement d'impuissance est établi par une disposition expresse dans notre droit, article 117. En France, on ne voulait pas, à cause du scandale, consacrer ce principe, mais la doctrine l'a admis en le reconnaissant comme constituant une erreur sur la personne.

Quant à la question de savoir quelles sont les qualités dont l'absence peut entraîner la nullité du mariage lorsqu'elles n'existent pas dans l'époux chez lequel on croyait les rencontrer, c'est une pure question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux. La loi, en effet, n'en détermine aucune. Sa formule est absolue ; *l'erreur dans la personne* entraîne la nullité du mariage ; or, qu'est-ce que l'erreur *dans la personne*, si ce n'est l'erreur qui tombe sur les *qualités* de l'individu auquel on s'unit ? Peu importe donc la nature de la qualité sur laquelle on a été trompé ! Il suffit que l'erreur qu'on a subie ait altéré essentiellement le consentement. Ce n'est pas une question de *droit*, c'est une question de *fait*.

Ainsi, j'ai épousé la fille de Paul, croyant épouser la fille de Jacques...; je l'ai crue enfant légitime, c'était une enfant naturelle...; honnête, et elle s'était prostituée... Une femme, qui est catholique, a épousé un prêtre qui l'a trompée sur son caractère..., elle a épousé un homme qu'elle croyait de bonne renommée, c'était un forçat libéré... Y a-t-il lieu à nullité dans ces divers cas? Les juges décideront suivant les circonstances!

En résumé :

Premier système. — L'article 148 ne vise et ne règle que l'*erreur sur la personne physique*. Le mariage qui en est infecté n'est qu'*annulable* : la personne trompée peut seule en demander la nullité, et pendant un certain temps seulement.

Second système. — L'article 148 prévoit : 1° l'erreur sur la *personne physique* ; 2° l'erreur sur la *personne civile*, c'est-à-dire l'erreur sur les qualités constitutives de la personnalité *au point de vue du mariage*. Dans l'un et l'autre cas, le mariage n'est qu'*annulable*.

Troisième système. — L'erreur sur l'individu ou sur la personne physique et l'erreur sur la personne civile, c'est-à-dire sur les qualités de l'individu, sont distinctes et ne doivent pas être confondues.

La première rentre dans l'application de l'article 146. Elle rend le mariage *nul* : la nullité peut donc en être demandée en tout temps et par toute personne intéressée, par celle-là même des parties qui a trompé l'autre.

La seconde est régie par les articles 148 et 149. Elle n'empêche pas le mariage de se former, elle ne fait que le rendre *annulable* : la nullité n'en peut donc être demandée que pendant un certain temps, et seulement par l'époux induit en erreur.

La question de savoir dans quel cas l'erreur sur les qualités

peut entraîner la nullité du mariage est abandonnée à la sagesse des tribunaux, qui jugent, suivant les circonstances, si elle a essentiellement altéré le consentement de la partie qui l'a subie. C'est une pure question de fait (1).

[[M. Baudry-Lacantinerie (n°s 503-505) adopte la solution que Mourlon indique dans sa note au texte. Cette doctrine écarte l'erreur qui résulterait du mariage à un impuissant ou à un prêtre catholique ou à une personne engagée par des vœux solennels et

(1) Consultez, sur cette grave difficulté de l'erreur, Merlin, *Rép.*, v° Empêch. de mar., sect. v, art. 1er, n° 4 : *Quest. de droit*, v° Mariage, § 9 ; Toull., t. I, n° 521 : Dem., t. I, n° 262 *bis*, III, et t. II, n° 7 *bis*, VI ; Marc., sur l'art. 180 ; Dur., t. II, n°s 55 et suiv.; Bug., *sur Poth.*, t. VI, p. 134 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 392 et suiv.; *Explic. somm.*, p. 106 ; *Cours de Code civil*, t. I, p. 226 et suiv.; MM. Aubry et Rau, t. V, § 462, p. 66 et suiv.: Duc., Bonn. et Roust, sur le même article ; Demol., t. I, n°s 251 et suiv.; Labbé, *Journal du Pal.*, année 1860, p. 241 ; Laurent, t. II, n°s 290 et suiv.

Voici quelle serait, après bien des perplexités, ma solution sur ce point :

1° Les art. 148 et 149 s'appliquent aussi bien à l'erreur sur la personne physique qu'à l'erreur sur la personne civile. Dans l'un et l'autre cas, le mariage n'est qu'*annulable :* ainsi, la nullité n'en peut être demandée que par la personne induite en erreur (art. 148), et pendant un certain temps seulement (art. 149).

" Mais, dit-on, l'erreur sur la personne physique est entièrement destructive du consentement ; là où le consentement manque absolument, il n'y a point de mariage (art. 116), il n'y a rien ! Or, un mariage inexistant n'est point susceptible d'être vivifié, validé après coup : on ne ratifie point le néant ! Donc, l'erreur sur la personne physique rend le mariage *nul*, nul à perpétuité et à l'égard de toute personne. "

Cette argumentation est parfaitement juste, au point de vue des principes et selon la logique rigoureuse du droit abstrait. Mais les rédacteurs de notre code se sont peu préoccupés de la pureté scientifique de leur œuvre ; ils n'avaient même, il faut le dire, que des idées fort confuses sur la théorie des contrats nuls et des contrats annulables. Ce serait donc s'égarer que de vouloir se montrer plus rigoriste ou plus savant qu'ils ne l'ont été. Prenons la loi telle qu'ils l'ont faite. Or, les discussions qui ont eu lieu au Conseil d'Etat sur les articles 116, 148 et 149, montrent clairement qu'en définitive, après quelques controverses sur ce point, et nonobstant les efforts du premier Consul, qui voulait qu'on distinguât les deux cas, ils ont confondu sous une seule formule l'erreur qui tombe sur l'*individu* et celle qui ne tombe que sur *ses qualités*. Ainsi, lorsqu'on discuta la règle que la nullité pour cause de violence ou d'erreur ne peut être utilement demandée que dans les six mois à compter de la cessation de la violence *ou de la découverte de l'erreur*, un membre fit cette objection : " qu'il ne faut pas *six mois* pour connaître *physiquement* la supposition de personne, et que, s'il s'agit d'une erreur morale, il est difficile de fixer un terme à sa reconnaissance.... " On y répondit en faisant observer que la règle proposée concernait *tout à la fois*, et l'erreur sur la personne physique, et l'erreur sur la personne civile (Fenet, t. IX, p. 43).

Si la loi n'avait entendu viser que l'erreur sur la personne physique,

perpétuels. Mais ce sont là déjà des causes de nullité dans notre droit. Je crois, malgré la difficulté de la question, devoir adopter cette solution moi-même, quand l'erreur sur la personnalité de l'individu est telle qu'elle emporte erreur sur la personne. L'argument que cette solution est conforme à l'ancien droit est à mes yeux décisif.

Du reste, cette solution est celle du droit canon. Le cardinal Gousset, dans sa *Théologie morale* (n° 792), distingue quatre

elle eût parlé de l'erreur sur *l'individu*. Si elle n'avait eu en vue que l'erreur sur la personne civile, elle eût parlé de l'erreur sur les *qualités* de la personne. Or, elle n'a employé ni l'une ni l'autre de ces formules *restrictives*. La formule qu'elle a préférée (*l'erreur dans la personne*) est générale et absolue dans ses termes : elle embrasse tout à la fois l'erreur sur la personne physique et l'erreur sur la personne civile.

Enfin, je trouve dans la loi même, dans l'art. 1340 [[C.N.]], rapproché de l'art. 1339, [[du même code]] la preuve qu'un contrat, *quoique nul*, peut, par exception et contrairement aux principes du pur droit, recevoir une ratification postérieure. [[Notre code n'a pas reproduit les dispositions des articles 1339 et 1340 du code Napoléon qui portent (art. 1339) que le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale; mais (art. 1340) la confirmation, ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation, par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception. Il est presque élémentaire d'ajouter que, dans notre droit, l'obligation nulle de nullité radicale ne peut être ratifiée; la nullité relative est seule susceptible de ratification.]]

2° L'erreur sur la personne *civile* ou *sociale*, comme l'erreur sur la personne *physique*, rend le mariage annulable, je le reconnais. Mais il m'est impossible d'admettre que toute erreur sur les qualités puisse, *au gré de la justice*, constituer ce que la loi appelle *l'erreur dans la personne*. Ce pouvoir discrétionnaire, absolu et sans limites, est trop essentiellement contraire à l'institution du mariage pour qu'on puisse l'induire d'un texte qui ne le renferme pas expressément. Il en fut question au Conseil d'Etat ; mais ce fut par une simple observation, à laquelle personne ne s'arrêta.

Je serais porté à croire qu'il n'existe qu'une seule qualité susceptible de constituer, par son absence, l'erreur dans la personne civile. Cette qualité essentielle est celle qui personnalise l'individu dans la famille et dans la société, qui le distinguant civilement des autres individus, constitue son état principal et civil ; c'est, en autres termes, *l'origine qui le rattache à telle ou telle famille*. J'ai l'intention d'épouser Marie, que je n'ai jamais vue ; je sais seulement qu'elle est la fille de Paul, dont je recherche l'alliance, soit à cause de la célébrité de son nom et de l'honorabilité de sa famille, soit à cause des relations d'amitié qui l'unissent à moi. Une autre Marie se présente, et, à l'aide de faux titres, elle parvient à me faire croire qu'elle est la fille de Paul, avec laquelle j'ai l'intention de m'unir : mon mariage est entaché d'erreur. Mon erreur ne porte point sur la personne physique : car j'ai vu et connu, avant de l'épouser, la femme qui m'a trompé. Elle porte sur une qualité que j'ai cru que cette femme avait, et qu'en réalité elle n'avait pas : je l'ai crue fille de Paul, tandis

sortes d'erreur : l'erreur quant à la personne, l'erreur quant à la condition, l'erreur quant à la qualité, et l'erreur quant à la fortune. L'erreur quant à la personne, lorsque, croyant épouser une personne, on en épouse une autre, rend le mariage nul, car, enseigne l'éminent canoniste, il n'y a pas de consentement dans ce cas. Ce mariage est radicalement nul. Il y a erreur quant à la fortune ou à la qualité quand on épouse une personne qu'on croit riche, noble, vertueuse, et qu'il se trouve qu'elle n'est ni riche, ni noble, ni vertueuse. Cette erreur, dit le cardinal Gousset, ne rend pas le mariage nul ; elle n'exclut pas le consentement, c'est la personne même qu'on épouse et non ses qualités : elles peuvent être le motif du consentement, mais elles n'en sont pas l'objet. " Cependant," ajoute-t-il " si l'erreur quant à la " fortune ou à la qualité emportait une erreur quant à la per- " sonne, le mariage serait nul ; par exemple, si Paul donne son " consentement en faveur d'une telle personne qu'on lui assure " être la fille de tel seigneur et héritière de ses biens, et que la " chose ne soit pas, l'erreur de Paul retombe sur la personne elle- " même, et invalide le mariage."

---

qu'elle était la fille d'un autre. La qualité sur laquelle j'ai été trompé constitue, dans la société, la personnalité de la femme qui s'est *substituée* au lieu et place de celle que je croyais épouser. Il y a eu, civilement et socialement parlant, *substitution d'une personne à une autre*, et, par conséquent, *erreur dans la personne*.

Que si, au contraire, je n'ai été trompé ni sur l'identité physique, ni sur l'origine de la femme que j'ai épousée, il n'y a plus place alors pour l'erreur *dans la personne*. J'ai cru honnête la femme que j'ai consenti à prendre pour épouse, elle s'était prostituée ; je l'ai crue de bonne renommée, elle avait été flétrie par la justice. J'ai été induit en erreur, sans doute ; mais l'erreur que j'ai subie ne constitue point une erreur *dans la personne :* car je n'ai été trompé ni sur la personne physique ni sur la personne civile de la femme à laquelle je me suis uni. Il n'y a plus *substitution d'une personne à une autre*. Mon erreur n'a porté que sur une qualité tout accidentelle, et à laquelle la loi n'attache pas la personnalité de l'individu La femme que j'ai épousée est donc bien physiquement et civilement celle que je voulais épouser.

En résumé, il y a erreur dans la personne civile lorsqu'on est trompé sur l'état principal et civil de l'individu, c'est-à-dire lorsqu'on l'a épousé parce qu'on le croyait de telle famille, tandis qu'il appartient à telle autre.

Telle était la doctrine de l'ancien droit ; telle est, je crois, celle que le code a entendu consacrer. Toutes les fois qu'on a, au Conseil d'Etat ou ailleurs, parlé de l'*erreur de qualité*, de l'erreur *dans la personne*, on a constamment cité le cas où l'on épouse la fille ou le fils d'un autre père que celui avec lequel on croyait s'allier (voy. Fenet, t. IX, notamment les pp. 46, 100, 103, 105, 106).

La cour de cassation s'est prononcée en ce sens par un arrêt des Chambres réunies, du 24 avril 1862 (Sir., 62, 1, 341).

L'erreur quant à la condition, enseigne le même auteur, a lieu lorsqu'une personne de condition libre en épouse une autre qui est esclave, la croyant libre. Cette erreur est un empêchement dirimant.]]

Des personnes auxquelles appartient le droit de faire annuler le mariage infecté de violence ou d'erreur. — De la ratification du mariage annulable pour l'une ou l'autre de ces deux causes. — La nullité résultant du défaut de liberté ou de l'erreur dans la personne est simplement *relative* et *temporaire*.

Relative. — Elle ne peut, en effet, être proposée que par celui des époux qui a été violenté ou induit en erreur. Que s'ils ont été l'un et l'autre violentés, ou l'un et l'autre induits en erreur, l'action en nullité leur appartient concurremment; mais elle n'appartient qu'*à eux*.

[[En effet, l'article 148 se lit comme suit :

148. — " Le mariage qui a été contracté sans le consentement " libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que " par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a " pas été libre.

" Lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut " être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en " erreur."]]

La loi attache [[cette action]] à leur qualité d'*époux*. Or, cette qualité étant *intransmissible* aux héritiers, dès que meurt l'époux investi de l'action, l'action s'éteint avec lui ; et il en est ainsi, quoiqu'il soit mort avant d'avoir découvert son erreur (1), et même, suivant quelques personnes, quoiqu'il l'ait intentée lui-même, s'il est mort *pendente lite* (2).

Temporaire. — Elle peut être, en effet, couverte par une ratification postérieure. La loi voit une ratification tacite dans le fait d'une *cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a recouvré sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue.*

[[C'est la disposition de l'article 149 de notre code qui est de droit nouveau. Cet article est en ces termes :

149. — " Dans le cas de l'article précédent, la demande en

(1) Dem., t. I, n° 262 *bis*. V : Dur., t. II, n° 270 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 433 ; *Explic. somm.*, p. 107 ; *Cours de code civil*, t. I, p. 238 ; Bug., à son cours ; MM. Aubry et Rau, t. V, § 462, note 16 ; Demol., t. I, n° 258 ; Laurent, t. II, n° 449.

(2) Marc., sur l'art. 180 : M. Laurent, t. II, n° 450. — Mais *contrà*, Dem., t. I, n° 262 *bis*, V ; MM. Demol., t. I, n° 259 ; Aubry et Rau, t. V, § 462, note 17 ; Val., *Explic. somm.*, p. 107. [[M. Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 507*a*, croit que les héritiers ne peuvent continuer cette action.]]

" nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabi-
" tation continuée pendant six mois, depuis que l'époux a acquis
" sa pleine liberté, ou que l'erreur a été reconnue."]]

Remarquons que ce n'est pas au laps de temps de six mois, indépendamment de la cohabitation, mais à la cohabitation continuée pendant six mois, que la loi attache la non-recevabilité de l'action. Concluons-en qu'elle est recevable même après six mois, lorsque les époux n'ont point, pendant ce temps, demeuré, cohabité ensemble.

Mais le sera-t-elle, dans le cas de non-cohabitation, même après dix, même après trente ans ? La question est controversée. Quelques personnes pensent qu'après dix ans l'action est prescrite, conformément à l'article 2258 ; d'autres sont d'avis qu'elle dure trente ans, conformément au principe général consacré par l'article 2242. Nous croyons, avec Demante, qu'elle est imprescriptible par quelque laps de temps que ce soit. L'action en nullité de mariage est une action *relative à l'état*, et les actions de cette nature sont, du moins en général, imprescriptibles (art. 235 et 2201). La loi s'est, d'ailleurs, expliquée. Elle déclare l'action non recevable lorsque l'époux auquel elle appartient *a cohabité avec son conjoint pendant six mois*. Cette exécution volontaire du contrat implique une renonciation libre et éclairée au droit qu'il avait de le faire annuler. Mais, lorsqu'il refuse toute cohabitation, son silence, si long qu'il soit, implique plutôt un désaveu énergique et constant qu'une approbation du contrat vicieux qu'on lui oppose (1).

La loi caractérise spécialement le fait (la cohabitation pendant six mois) auquel elle attache la ratification *tacite ;* aucun autre fait ne peut lui être assimilé. Ainsi, la grossesse de la femme survenue avant l'expiration des six mois de cohabitation ne fait pas obstacle à l'action en nullité. Si c'est la femme qui est demanderesse, sa grossesse ne prouve rien, car peut-être n'a-t-elle cédé à son mari que par crainte ou obsession : la cohabitation continuée pendant six mois peut seule lever le doute. Que si elle est défenderesse, sa grossesse est encore bien moins probante ; car peut-être cette grossesse n'est-elle pas l'œuvre du mari : la femme a pu, en effet, chercher dans l'adultère le moyen d'échap-

(1) Voy. aussi, en ce sens, Val., *Cours de droit civil*, p. 237. [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 510, pense que cette action est prescriptible, il fixe le terme de la prescription à trente ans. Les termes formels de notre article 2258, en supposant qu'il s'applique à l'action du conjoint trompé, semblent rendre cette action prescriptible au bout de dix ans.]]

per à l'annulation de son mariage. [[Voir, au même sens, M. Baudry-Lacantinerie, n° 509.]]

On s'est demandé si la ratification formelle, *expresse*, faite conformément au principe général de l'article 1338 C. N., *(a)* serait suffisante, *même en l'absence d'une co-habitation continuée pendant six mois*, pour valider le mariage. L'affirmative est généralement admise. "Si, dit-on, la loi s'est occupée spécialement de la ratification *tacite*, c'est qu'il était nécessaire de préciser les caractères du fait auquel elle entendait attacher la ratification : le silence prolongé de l'époux violenté ou induit en erreur suffirait-il, indépendamment de toute cohabitation, pour constituer une ratification tacite ? la cohabitation continuée pendant quelques jours, pendant un, pendant deux. . . mois, serait-elle suffisante ? Des doutes étaient possibles ! Il fallait les lever. La loi a donc dû s'expliquer sur ces points ; mais, en les réglant, elle n'a pas entendu exclure le droit commun, c'est-à-dire la ratification expresse (1)."

[[Cela, du reste, est certain dans notre droit. L'article 151 réfère spécialement à l'article 148 et dit que dans le cas de cet article, l'action ne peut plus être intentée ni par les époux ni par les parents . . . toutes les fois que ce mariage a été ratifiée *expressément* ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire. L'article 183 du code Napoléon est bien moins formel que notre article 151.

Le juge Loranger (t. 2, n°s 395-6) trouve une autre fin de non-

---

(1) Voy. notamment M. Demol., t. I, n° 264 ; M. Laurent, t. II, n° 453. [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 509. Ajoutons que notre article 151, que je vais citer, est formel dans ce sens.]]

On peut objecter cependant :

1° Que la loi, lorsqu'elle veut, en matière de mariage, admettre le principe de la ratification *expresse*, prend soin de le dire clairement (voy. l'art. 183 C. N.). [[Notre article 151 correspond à l'article 183 C. N., mais sa disposition est plus étendue.]]

2° Que la ratification *expresse* n'a pas les mêmes caractères de certitude que la ratification *tacite*. Un consentement donné *instantanément*, peut-être sous l'empire d'un mouvement irréfléchi ou de l'obsession, présente, en effet, peu de garanties. Mais quel soupçon conserver lorsque la volonté s'est manifestée par un fait public, quotidiennement renouvelé *pendant six mois* ? La loi a donc eu une raison particulière et légitime de repousser la ratification *expresse*, c'est-à-dire incertaine, tandis qu'elle consacrait le principe de la ratification *tacite*, mais certaine.

(*a*) L'article 1214 de notre code, qui est indiqué comme correspondant à l'article 1338 du code Napoléon, ne se rapporte qu'à la preuve de la ratification d'une obligation annulable. Nul doute, cependant, que dans notre droit une nullité relative peut être ratifiée.

recevoir dans la disposition de cet article 151 qui est de droit nouveau.

151. — " Dans le cas des articles 148 et 150 qui précèdent, " l'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux, " ni par le tuteur ou curateur, ni par les parents dont le consen- " tement est requis, toutes les fois que ce mariage a été ratifiée " expressément ou tacitement, par ceux dont le consentement " était nécessaire ; ou lorsqu'il s'est écoulé six mois sans récla- " mation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du " mariage."

L'effet de cet article, dit le juge Loranger, c'est, lorsque l'époux trompé ou violenté est mineur, de le soumettre au caprice de ses père et mère, de son tuteur ou curateur, ou même des parents qualifiés à faire partie du conseil de famille, de telle sorte que si ceux-ci ratifient le mariage, ou laissent passer plus de six mois sans s'en plaindre, après qu'ils en ont eu connaissance, ce mineur devra rester bon gré mal gré lié par cette union immorale.

Je ne crois pas que cette interprétation soit fondée. Qu'on le remarque bien, l'article 151 se rapporte à deux cas de nullité tout à fait distincts, celui de l'article 148, quand le consentement n'a pas été libre ou qu'il y a eu erreur dans la personne, et celui de l'article 150, quand le mineur s'est marié sans le consentement de ses père et mère, ou de son tuteur ou curateur.

L'article 148 n'accorde l'action en nullité qu'à l'époux dont le consentement n'a pas été libre ou qui a été induit en erreur.

L'article 150, dans le même ordre d'idées, accorde cette action à ceux-là seulement " dont le consentement ou avis était requis."

Le but de l'article 151 était de statuer que, dans ces deux cas, la ratification ou le silence de *" ceux dont le consentement était nécessaire"* serait une fin de non-recevoir contre l'action en nullité. Quand cette ratification a été donnée expressément ou tacitement " ou lorsqu'il s'est écoulé six mois sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage"*(a)* l'action en nullité ne peut être intentée, ni par les époux, ni par le tuteur ou curateur, ni par les parents dont le consentement est requis.

Pour rencontrer ces deux cas, il fallait faire une règle assez générale pour que la ratification de la personne à qui l'action

---

(*a*) Cette condition, cependant, me paraît inapplicable dans le cas 148, d'abord parce qu'on ne peut supposer que l'époux dont le consentement n'a pas été libre ou qui s'est trompé, n'ait pas eu connaissance du mariage, et ensuite parce que l'article 149 a défini la ratification tacite dans ce cas ; c'est la cohabitation continuée pendant six mois. L'article 151 n'est pas très clair, mais il ne faut pas l'interpréter de manière à lui faire dire une absurdité.

appartient, constituât une fin de non-recevoir. Dans le cas du mineur, dans l'hypothèse de l'article 148, le seul consentement libre et non entaché d'erreur, qui était requis, c'était le sien. Donc sa ratification lui enlève l'action que cet article lui accorde. Au contraire, dans le cas de l'article 150, le seul consentement qui était nécessaire pour valider le mariage du mineur libre et qui ne s'est pas trompé sur la personne, c'était celui de ses père et mère, ou de son tuteur ou curateur, de l'avis des parents habiles à faire partie du conseil de famille. L'action en nullité n'est accordée qu'à ces personnes et il était logique de dire que leur ratification leur enlèverait cette action.

Mais, dira-t-on, les derniers mots de l'article 151 " lorsqu'il s'est écoulé six mois sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage" ne peuvent s'appliquer qu'aux parents, puisqu'on ne peut supposer que le mineur violenté ou trompé n'ait pas connaissance du mariage dont il est victime. J'admets cette interprétation, mais il n'en résulte pas que ce silence des parents enlève l'action du mineur dans le cas que suppose l'article 148. Car de deux choses l'une, ou le mineur avait intenté son action avant l'expiration des six mois, et alors le silence de ses parents ne sauraient affecter son recours, ou il n'a pas porté d'action, et dans ce cas, aux termes de l'article 149, s'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois, son droit d'action est prescrit. Du reste, à moins de faire dire à la loi une absurdité, en déclarant que la ratification ou le silence d'une personne qui n'a pas le droit de poursuivre la nullité du mariage, serait une fin de non-recevoir contre cette poursuite, on doit adopter l'interprétation que je viens d'indiquer.

Notre jurisprudence est insignifiante sur cette question importante des demandes en nullité de mariage. Il y a deux décisions que je pourrais négliger, car elles ne touchent pas au fond du droit d'action. Ainsi, dans la cause de *Burns v. Fontaine* (3 R. L., p. 516), on a jugé que lorsqu'il s'agit de demander la nullité du mariage contracté par le mineur, le père seul ne peut porter l'action, mais que le mineur doit être en cause assisté conformément à la loi. Dans l'espèce, le père poursuivait le mari de sa fille mineure sans que cette dernière fût en cause. Il est manifeste que son action, telle que prise, ne pouvait être maintenue. Ce n'est pas à dire, cependant, que le père, dont l'autorité paternelle a été méconnue, ne puisse, en son nom, demander la nullité du mariage de son enfant mineur, mais il aura à suivre la règle élémentaire du droit qui veut que l'on ne prononce pas la

résolution d'un contrat sans que toutes les parties à ce contrat ne soient en cause. Il y a en outre une décision dans une cause de *Lawless v. Chamberlain* (13 L. N., p. 177) qui énonce une vérité élémentaire en jugeant que, dans une semblable action, le père qui demande la nullité du mariage ne peut en même temps représenter son fils mineur en qualité de curateur, mais que ce dernier doit être représenté par un curateur *ad hoc*. Cela équivaut à dire qu'on ne saurait être demandeur dans une cause et le représentant du défendeur dans la même cause, car je le répète, dans une instance semblable, l'enfant mineur est partie défenderesse]] *(a)*.

II. Nullité résultant du défaut de consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille, dans les cas où le consentement était nécessaire. — Cette nullité, de même que la précédente, est *relative* et *temporaire*.

Relative. . . La loi désigne, en effet, limitativement les personnes qui peuvent la proposer. Ces personnes sont:

Ceux dont le consentement [[*ou avis*]] *était requis*. . . L'action en nullité que la loi leur confère est tout à la fois, d'une part, la sanction nécessaire de leur autorité, qui sans elle resterait trop souvent impuissante et illusoire; d'autre part, un moyen de protection pour l'enfant, qui, sous l'empire d'une séduction prolongée, pourrait se trouver dans l'impuissance d'agir lui-même.

[[Remarquons, avant d'aller plus loin, qu'il y a, sur ce point, une différence essentielle entre le droit français et notre droit.

L'article 182 du code Napoléon porte que le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants, ou du conseil de famille, dans le cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, *ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement*.

Notre article 150, au contraire, dit que " le mariage contracté " sans le consentement des père et mère, tuteur ou curateur, ou " sans l'avis du conseil de famille, dans le cas où ce consente- " ment ou avis était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux " dont le consentement ou avis était requis."

Laissant de côté les ascendants, qui ne figurent, dans notre droit, que comme pouvant donner leur avis au conseil de famille,

---

(*a*) On a également jugé dans cet cause qu'un mineur émancipé doit être poursuivi personnellement, assisté, s'il y a lieu, par son curateur. Voyez l'article 320 dans ce sens.

notre code n'accorde l'action en nullité qu'à ceux dont le consentement ou avis était requis, qui seuls sont compétents à demander la nullité d'un tel mariage ; donc l'époux qui avait besoin de ce consentement ne peut le faire.]]

La nullité ne peut être proposée que par *ceux dont le consentement était requis*. Lors donc qu'on veut savoir ceux auxquels ce droit appartient, il faut se rapporter à l'époque de la célébration du mariage, et rechercher quels étaient ceux dont le consentement était *alors nécessaire pour la validité du mariage :* à ceux-là seulement appartient le droit d'agir. En d'autres termes, et pour tout dire en une formule, l'action en nullité appartient exclusivement à ceux dont le consentement aurait dû être et n'a pas été obtenu. S'ils gardent le silence, s'ils meurent, soit avant d'avoir intenté leur action, soit après, mais *pendente lite*, elle meurt avec eux : car, à tort ou à raison, elle ne peut être, c'est la disposition de la loi, exercée que par eux. — Parcourons quelques espèces :

1° Un mineur qui a son père et sa mère se marie sans leur consentement : — l'action en nullité appartient non seulement au père, mais encore à la mère, car son consentement était *requis :* ce n'est, en effet, qu'en cas de *dissentiment* qu'on aurait pu passer outre (art. 119). Mais, bien entendu, elle ne peut exercer l'action qui lui compète qu'à défaut de son mari, c'est-à-dire qu'au cas seulement où il est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Que s'il est vivant et capable d'agir, il ne lui est point permis à elle de prendre l'initiative : car le silence qu'il garde équivaut à une approbation tacite du mariage, et, en cas de *dissentiment*, le consentement du père suffit (argum. tiré de l'art. 137) (1) *(a)*.

S'ils meurent l'un et l'autre, l'action dont ils étaient nantis au moment de leur décès ne passe point aux [[autres intéressés,]]

---

(1) Dem., t. I, n° 264 *bis*, IV ; Dur., t. II, n°s 286 et 287 ; Bug., à son cours ; MM. Demol. t. I, n° 272 ; Aubry et Rau, t. V, § 462, note 46.

(*a*) J'ai cité plus haut (p. 350, note (*a*)) l'opinion de M. Baudry-Lacantinerie à l'effet que le défaut de consulter la mère n'est qu'un empêchement prohibitif, tandis que le défaut du consentement du père est un empêchement dirimant selon le code civil. Mais Mourlon parle du cas ou le mineur s'est marié sans le consentement et du père et de la mère. Alors, voilà un mariage affecté d'un empêchement dirimant, et il ne s'agit que de savoir qui pourra se plaindre de cette nullité. Du reste, l'article 154 suppose que la mère peut exercer un recours par action en nullité, dans un cas spécial, puisque son consentement au mariage l'en prive.

elle s'éteint avec eux (1); il en est ainsi alors même qu'après avoir intenté leur action, ils meurent, *pendente lite.*

2° Le père a donné son consentement, mais la mère n'a pas été consultée : — on décide généralement que l'action en nullité n'appartient ni au père, puisqu'il a donné son consentement au mariage, ni à la mère, car son consentement, quand son mari donne le sien, n'est pas nécessaire (art. 119) (2) *(a).*

3° Un mineur dont les père et mère étaient décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté s'est marié sans le consentement de [[son tuteur, ou de son curateur s'il était émancipé, ou bien le tuteur ou curateur a consenti au mariage sans avoir pris l'avis du conseil de famille, comme l'article 122 lui en fait un devoir. L'action, dans ce cas, aux termes de l'article 150, compète à ceux dont le consentement ou avis était requis. Dans l'espèce, il n'est pas question des père et mère ; or à part de ces derniers, il n'y a que le tuteur ou curateur dont le consentement était requis. Donc, il est indubitable que le tuteur ou curateur peut intenter l'action en nullité. Mais les parents, soit les aïeux, soit les autres parents, peuvent-ils demander cette nullité ? Remarquons d'abord qu'il ne s'agit que des parents compétents, en dehors des père et mère, à faire partie du conseil de famille. Il ne peut donc être question des femmes, sauf l'aïeule veuve (art. 252), ni des mineurs. Au demeurant, par parents, on entend les plus proches parents et ceux qui résident dans le district où le mineur avait son domicile à l'époque de son mariage (art. 251, 252). Cela n'exclut pas nécessairement les parents plus éloignés, ni ceux qui résident dans d'autres districts, qui peuvent être appelés au conseil de famille dans le cas de l'art. 253, mais comme la composition normale du conseil de famille est de sept des plus proches parents résidant dans le district où le mineur a son domicile, et que la loi restreint avec

(1) Voy. en sens contraire, M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 243 et suiv. [[Aussi le juge Loranger, t. II, n° 392. Je partage le sentiment de Mourlon. En effet, le père et la mère vivant lors du mariage, aucun autre consentement n'était nécessaire. Or ce mariage "ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis."

(2) Cette solution est-elle bien bonne ? Le consentement du père n'est suffisant qu'au cas où la mère a été *consultée* (art. 119). Donc, *légalement*, le consentement du père n'existe point, lorsqu'il le donne sans prendre l'avis de la mère. Or, s'il est, aux yeux de la loi, réputé inexistant, les choses doivent se passer comme au cas où aucun consentement n'a été donné.

(*a*) Voir la note (*a*) *supra*, p. 449.

soin le nombre de ceux qui peuvent attaquer un mariage, je crois qu'il n'y a que les plus proches parents et ceux qui résident dans ce district, s'ils étaient en nombre suffisant pour constituer un conseil de famille, qui puissent se prévaloir de ce que le conseil de famille n'a pas été consulté, et demander l'annulation du mariage. Je n'ai pas besoin de parler des amis qui ne sont appelés au conseil de famille qu'à défaut de parents, car ils n'ont aucun intérêt à la nullité du mariage.

Pour répondre maintenant à la question que nous nous sommes posée, l'article 150 donne le droit d'action à ceux dont l'avis était requis. Donc, les parents compétents à former partie du conseil de famille, et qui n'ont pas été consultés, peuvent demander l'annulation du mariage de leur parent mineur. Mais, le peuvent-ils, quand ils ont été consultés et que malgré leur avis contraire, le tuteur a consenti au mariage ? Je ne le crois pas. D'abord rien n'obligeait le tuteur à *suivre* l'avis du conseil de famille, il n'était tenu que de le *prendre*. Ensuite, l'article 150 ne parle que de l'avis; si on a pris l'avis on a satisfait aux exigences de la loi. En France, le consentement du conseil de famille est nécessaire; ici, au contraire, on n'est obligé qu'à le consulter. Il résulte de l'opinion que j'exprime que si le tuteur a laissé faire le mariage et n'a dit ni oui ni non, les parents seront impuissants à intervenir. Car, aux termes de l'article 122, l'avis des parents n'était requis que pour permettre au tuteur de donner son consentement. S'il n'a donné aucun consentement, aucun avis de parents n'était nécessaire *(a)*.

En résumé, donc, en dehors des père et mère, l'action en nullité compète au tuteur, ou au curateur si le mineur était émancipé, et aux parents habiles à faire partie du conseil de famille, lorsque ce tuteur ou curateur a consenti au mariage sans les consulter.

J'ai dit plus haut que, dans le cas des enfants naturels, le seul consentement qui vaille et qui soit requis, c'est celui du tuteur *ad hoc*. Donc, si le mineur, enfant naturel, s'est fait nommer un tuteur *ad hoc* et s'est marié malgré le refus de ce dernier, ce tuteur seul pourra demander la nullité du mariage *(b)*. Si le mineur n'avait pas alors de tuteur, il faudrait tenir que son mariage restera valable, faute de contradicteur compétent *(c)*.

(*a*) Voir, dans ce sens, Loranger, t. II, n° 394.
(*b*) Loranger, t. II, n° 394.
(*c*) J'ai décidé plus haut, p. 395, que le père de l'enfant naturel pourrait s'opposer à la célébration du mariage de cet enfant. Je n'en arrive pas à la même conclusion ici, car l'article 150 n'accorde l'action en nullité qu'à ceux dont le consentement au mariage était requis.

Mais peut-il être question du conseil de famille dans ce cas ? Je ne le crois pas ; l'enfant naturel n'a point de famille. Il est vrai qu'on convoquera une espèce de conseil pour donner son avis sur la nomination du tuteur *ad hoc*, mais ceux qui y assisteront ne le feront pas en qualité de parents, malgré la parenté naturelle qui peut exister entre eux et le mineur *(a)*. D'ailleurs, l'article 121 n'oblige pas le tuteur *ad hoc* de consulter le conseil de famille avant de donner son consentement au mariage, car il est nommé par un conseil de famille, pour donner ce consentement.

La légitimation résultant du mariage subséquent des père et mère de l'enfant naturel, on peut se demander si, ce mariage ayant eu lieu après le mariage du mineur, les père et mère de ce mineur auront le droit de demander la nullité de son mariage. Il est vrai que la légitimation produit des effets rétroactifs, mais peut-on dire que le consentement des père et mère était requis lors du mariage ? Quoi qu'il en soit, si ce mineur a été autorisé par un tuteur *ad hoc*, son mariage sera inattaquable de ce chef, car ce consentement constituera, pour lui, un droit acquis dont il ne doit pas être privé par suite de la fiction légale qui résulte de la légitimation.]]

Temporaire... La nullité fondée sur le défaut de consentement de la famille peut être couverte par une ratification postérieure. [[C'est la disposition de l'article 151 que j'ai cité plus haut. " L'action en nullité ne peut plus être intentée," dit cet article,... " ni par le tuteur ou curateur, ni par les parents dont le consen-" tement est requis, toutes les fois que ce mariage a été approuvé " expressément ou tacitement par ceux dont le consentement " était nécessaire ; ou lorsqu'il s'est écoulé six mois sans récla-" mation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du " mariage."]] Mais par qui et comment cette ratification peut-elle être faite ? quels en sont les effets ?

Qui peut ratifier ? — Le mariage infecté de cette espèce de nullité peut être ratifié par ceux dont le consentement était nécessaire *(b)*.

Si ceux dont le consentement était nécessaire meurent avant d'avoir ratifié, leur droit de ratification, de même que leur action en nullité, ne passe point aux ascendants du degré supérieur. Le droit de ratifier un contrat suppose, en effet, le droit de le faire

(*a*) Loranger, n° 130.

(*b*) En France, l'époux peut attaquer un semblable mariage. Il en est autrement dans notre droit. Donc, il ne peut le ratifier ici, comme en France.

annuler : car la ratification n'est autre chose que la renonciation à l'action en nullité (1).

Comment le mariage peut être ratifié. — Il peut l'être du chef de ceux dont le consentement est requis :

1° Par une ratification *expresse.* — Cette ratification n'est subordonnée à aucune condition de formes : elle peut donc être donnée par un acte quelconque, même par simple lettre missive.

2° Par une ratification *tacite.* — Cette espèce de ratification a lieu lorsque, par leur conduite et leurs procédés envers les époux, ils donnent implicitement des marques non équivoques d'approbation au mariage contracté sans leur consentement. Tel est, par exemple, le cas où un père reçoit avec distinction dans sa maison le conjoint de son enfant. Pothier rapporte qu'un grand-père qui avait été parrain de son petit-fils fut, pour ce fait, déclaré non recevable dans sa demande en nullité de mariage.

3° Par *le laps de temps*, indépendamment de toute autre circonstance. — Le laps de temps après lequel ils sont non recevables à proposer la nullité est de six mois sans réclamation de leur part, *à compter du jour où ils ont eu connaissance du mariage.* Leur silence prolongé renferme une ratification tacite.

[[Quant aux effets de la ratification, cette ratification n'enlève l'action qu'à ceux qui ont ratifié, mais comme quelques parents, comme le père et la mère, ont un droit absolu de consentir au mariage, leur ratification éteindra absolument l'action à l'égard de tout le monde. Ainsi si le père ratifie, la mère n'aura pas d'action. Si le père est mort ou dans l'impossibilité de donner son consentement, la ratification de la mère sera finale ; au contraire, s'il s'agit des parents dont l'avis au conseil de famille était requis, la ratification de l'un n'affectera pas l'autre. Car, ayant à cet égard un droit égal, ils ne peuvent perdre ce droit que par leur propre ratification.

III. Nullité relative résultant de l'impuissance. — J'ai rapporté plus haut l'article 117 qui dit que " l'impuissance naturelle ou " accidentelle, existant lors du mariage, le rend nul, mais dans le " cas seulement où elle est apparente et manifeste.

" Cette nullité ne peut être invoquée que par la partie même " avec qui l'impuissant a contracté ; elle n'y est plus recevable si " elle a laissé passer trois ans sans se plaindre."

Cette nullité, dont il n'est pas question dans ce chapitre, est à la fois *relative* et *temporaire.*

(1) Dem., t. I, p. 384 ; Bug., à son cours. — Voy., ci-dessus, pp. 448, et suiv.

Relative, parce que le conjoint seul peut s'en plaindre.

Temporaire parce que si ce conjoint laisse passer trois ans sans porter son action, il n'y est plus recevable. Mais on suppose, dans ce cas, qu'il y a eu cohabitation.

J'ai parlé de cet empêchement plus haut; j'ai également rapporté la jurisprudence qui s'y applique. Je me contente d'y renvoyer *(a)*.]]

§ III. — *Nullité mixte :* ABSOLUE *mais* TEMPORAIRE.

La nullité résultant de L'IMPUBERTÉ ou du DÉFAUT D'AGE (art. 115) est *absolue*, mais *temporaire (b)*.

Absolue... Elle peut être proposée par toute personne intéressée :

Par les époux. Par l'un et l'autre, même par celui des deux qui, au moment du mariage, avait l'âge compétent pour le contracter.

Par les ascendants, même du vivant des époux, et indépendamment [[dans les cas des père et mère, de tout intérêt pécuniaire. Je crois que les autres ascendants doivent justifier d'un intérêt né et actuel. Du reste, dans le cas des père et mère, il y a un autre motif, car l'impubère s'est marié sans leur consentement *(c)*.]]

Par les collatéraux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt pécuniaire né et actuel, c'est-à-dire lorsque leur parent est décédé.

[[Le juge Loranger (n° 403) croit qu'on ne saurait accorder cette action aux tiers. Mais puisque la nullité est absolue ici, il s'en suit qu'elle peut être opposée par toute personne intéressée. Telle était du reste la pensée des codificateurs. Voir ce que j'en ai dit, *supra*, p. 431. Mais comme cette nullité absolue n'est que temporaire, les tiers comme les autres intéressés devront agir avant qu'elle ait été couverte.

Le juge Loranger (n° 405) fait de plus remarquer que le mariage étant un acte indivisible, les parents de l'époux pubère peuvent demander la nullité du mariage contracté par cet époux avec l'époux impubère.]]

La nullité née de l'*impuberté* n'est pas aussi essentiellement *absolue* que celle qui résulte de l'*inceste*, de la *bigamie* ou de la *clandestinité*. La nullité qu'engendrent l'inceste, la bigamie ou

---

(*a*) *Supra*, p. 357.

(*b*) Voir ce que j'en ai dit *supra*, pp. 429-432.

(*c*) Si l'impubère s'était marié avec leur consentement, les père et mère ne pourraient demander la nullité du mariage (art. 154).

la clandestinité peut, en effet, être proposée par les ascendants et la famille, *alors même* qu'ils ont donné leur consentement à la célébration du mariage. Il n'en est pas de même de celle qui résulte de l'*impuberté:* le père, la mère, les ascendants et la famille, qui ont consenti au mariage d'un impubère, ne sont point recevables à en demander la nullité. Il ne faut pas qu'après s'être joués des lois, ils puissent se jouer de la foi du mariage.

[[C'est la disposition de l'article 154 qui dit que " le père, la " mère, le tuteur ou curateur et les parents qui ont consenti au " mariage contracté dans les cas de l'article précédent, ne sont pas " recevables à en demander la nullité."]]

On s'est demandé dans quels cas l'action en nullité *fondée sur l'impuberté de l'un des époux* peut être utile aux ascendants. Et, en effet, de deux choses l'une : ont-ils donné leur consentement au mariage d'un enfant impubère, la loi les déclare non recevables à agir ; l'ont-ils refusé, une action en nullité *pour défaut de consentement* leur est ouverte (art. 150). Dès lors qu'ont-ils besoin d'invoquer la nullité *pour défaut d'âge?* On a, avec raison, répondu que l'action en nullité fondée sur le *défaut d'âge* peut être utilement exercée par les ascendants et la famille :

1° Dans le cas où l'action fondée sur le *défaut de consentement* se trouve éteinte par l'expiration de six mois sans réclamation de leur part, à compter du jour où ils ont eu connaissance du mariage ;

2° Lorsque les ascendants qui ont donné leur consentement au mariage, étant morts, se trouvent actuellement remplacés par d'autres dans l'exercice de la puissance paternelle *(a)* ;

3° Dans le cas où les ascendants qui ont consenti au mariage établissent qu'ils n'ont donné leur consentement que parce qu'ils ont été trompés sur l'âge véritable de leur enfant : on ne peut pas alors leur reprocher, suivant l'expression de Portalis, de *s'être joués des lois* (1).

Temporaire... La nullité fondée sur le défaut d'âge est couverte *erga omnes*, dans les deux cas qui suivent (art. 153) :

1° " Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les époux impubères ont atteint l'âge de puberté", c'est-à-dire [[douze]] ans pour la femme et [[quinze]] ans pour le mari (art. 115). On

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 438 : *Cours de Code civil*, t. I, p. 265 et 266.

(*a*) Cette raison serait sans force dans notre droit, car les ascendants, autres que les père et mère, dans aucun cas n'exercent ici l'autorité paternelle.

leur accorde six mois pour agir, à compter de leur puberté, parce que, toutes les fois que la loi ouvre une action, elle doit laisser un temps utile pour l'exercer (1).

Les époux ne peuvent point, par une ratification expresse du mariage, renoncer au délai qui leur est accordé pour agir en nullité. Cette nullité est absolue ou d'ordre public, et les nullités de cette nature ne sont jamais susceptibles de ratification (2).

2° " Lorsque la femme *qui n'avait point l'âge requis* a conçu *avant l'expiration de six mois.*" Sa grossesse fait tomber la présomption légale de son impuberté *(a)*.

" *La femme qui n'avait point l'âge requis...*" Donc, si la femme avait l'âge requis, c'est-à-dire si elle était pubère, tandis que son mari était impubère, sa grossesse n'affecterait point, dans ce cas, la nullité du mariage. On a dû craindre de lui ouvrir le moyen de maintenir, par un adultère, le mariage qu'elle a contracté en violation de la loi.

" *Avant l'expiration de six mois...*" Les six mois dont on veut ici parler sont ceux qui suivent l'époque de la puberté légale, et à l'expiration desquels la nullité est couverte lorsque les époux n'ont point réclamé *(b)*.

Remarquez, au reste, qu'il n'est pas nécessaire, pour que la nullité soit couverte, que la femme impubère ait conçu *avant* que l'action en nullité ait été formée. Il suffit que sa grossesse survienne dans le délai accordé pour former la demande en nullité, quand même elle surviendrait pendant le cours de l'instance *(c)*.

---

(1) Comp. M. Val., *Cours de Code civ.*, t. I, p. 262 et 263.

(2) Dem., t. I, p. 399 ; Bug., à son cours. — *Contrà*, M. Demol., t. I, n° 287.

(*a*) Voici tout le texte de cet article 153.

153.—" Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient " pas encore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait pas atteint cet " âge, ne peut plus être attaqué :

" 1° Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les " époux ont atteint l'âge compétent.

" 2° Lorsque la femme qui n'avait pas cet âge, a conçu avant l'expi- " ration de six mois. "

(*b*) Voir, dans ce sens, M. Baudry-Lacantinerie, n° 529. Le juge Loranger (n° 402) compte ces six mois à partir du mariage. Le contraire est enseigné en France. On y tient que le législateur, en parlant de la conception "avant l'expiration de six mois," fait allusion à la période qu'il vient de fixer pour couvrir la nullité, c'est-à-dire six mois après que les époux ont atteint l'âge compétent. Autrement la grossesse de la femme, qui fait tomber la présomption de l'impuberté, serait traitée moins favorablement que le silence des parents.

(*c*) Voyez, dans ce sens, M. Baudry-Lacantinerie, n° 529.

[[Il faut remarquer, en outre, que bien que les époux ne puissent pas renoncer à l'action en nullité, les parents le peuvent. L'article 154, que j'ai cité plus haut, fait cette distinction entre les époux et les parents. Il importe peu que le consentement des parents qui entraîne la renonciation tacite à l'action, soit donné lors du mariage, ou se produise sous forme de ratification après sa célébration.]]

Section II. — Des mariages putatifs.

I. **Définition.** — On appelle mariage *putatif* le mariage qui dans la réalité est nul, mais qui a été contracté de bonne foi par les deux époux ou par l'un d'eux.

II. **Effets du mariage putatif.** — Lorsqu'un mariage est annulé, tous les effets qu'il avait paru produire sont rétroactivement anéantis : il ne cesse pas seulement pour l'avenir, il est réputé n'avoir pas existé dans le passé. Par exception, lorsque le mariage a été *putatif*, le jugement qui l'annule le fait bien cesser pour l'avenir ; mais, par une fiction de droit, il est réputé avoir été valable dans le passé et jusqu'au jour du jugement. Cette validité *fictive* produit tous les effets civils d'une validité *réelle*.

Ainsi, lorsqu'on veut connaître les effets qu'a pu produire un mariage *putatif* dont la nullité a été prononcée, il faut l'assimiler à un mariage réellement valable actuellement dissous. Il y a entre eux identité d'effets.

Toutefois, il faut distinguer, suivant que le mariage est *putatif* à l'égard des deux époux ou à l'égard de l'un d'eux seulement.

Lorsque les époux ont été de bonne foi *l'un et l'autre*, le mariage est réputé valable *erga omnes*, c'est-à-dire tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants *(a)*.

A l'égard des époux... Ainsi, leurs conventions matrimoniales, les libéralités qu'ils ont pu se faire, soit par contrat de mariage, soit pendant leur union, reçoivent leur pleine et entière exécution.

(a) Notre code énonce ces principes dans les articles 163 et 164.

163. — " Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les " effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lors- " qu'il est contracté de bonne foi."

164. — " Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le " mariage ne produit les effet civils qu'en faveur de cet époux et des " enfants nés du mariage."

Ces articles reproduisent textuellement, sauf un mot qui n'est d'aucune conséquence, les articles 201 et 202 du code Napoléon.

Le droit de puissance paternelle, avec tous les attributs que la loi y attache sur la personne et sur les biens des enfants, leur est conféré, de même qu'aux père et mère réellement légitimes.

Ils succèdent à leurs enfants, conformément aux articles 626 à 630.

Le droit de successibilité réciproque que l'article 636 confère à celui des deux époux qui survit à l'autre leur appartient également. Toutefois, ce droit de successibilité, étant attaché *à la qualité d'époux*, cesse avec elle. Or, l'annulation d'un mariage putatif enlève pour l'avenir à chacun des conjoints son titre d'époux, et avec lui la vocation réciproque qu'ils avaient à la succession l'un de l'autre. Il en résulte qu'ils ne peuvent succéder l'un à l'autre qu'autant que la succession s'ouvre alors qu'ils sont encore conjoints, c'est-à-dire avant l'annulation de leur mariage (1) *(a)*.

Enfin, la femme putative, de même que la femme légitime, peut invoquer contre les tiers qui ont traité avec son mari l'hypothèque consacrée par l'article 2029, et demander, conformément à l'article 177, la nullité des actes qu'elle a faits avec des tiers sans l'autorisation de son mari ou de justice.

[[M. Baudry-Lacantinerie (n° 553) enseigne que, lorsque le mariage a été annulé, l'un des époux putatifs ne pourra plus réclamer des aliments à l'autre. Il cite à l'appui un arrêt de la cour d'Alger du 26 mai 1879 (Sirey, 1879. 2. 281).]]

A l'égard des enfants... Les enfants issus d'un mariage putatif naissent *légitimes* et membres de la famille des deux époux. Toutes les prérogatives dont jouissent les enfants réellement légitimes, droit de succéder à leurs père et mère et aux parents de leurs père et mère (art. 625), droit à des aliments (art. 165), existent également au profit des enfants *putatifs*.

Une question a été soulevée : un mariage *putatif* peut-il avoir pour effet de légitimer les enfants naturels que les époux ont eus d'un commerce antérieur et qu'ils ont reconnus (art. 237) ? La négative n'est pas douteuse, lorsqu'il s'agit d'enfants

(1) Val., *Cours de C. civ.*, p. 303 : MM. Aubry et Rau, t. V, § 460, p. 52, note 17. — Comp. M. Laurent, t. II. n°s 507 et 511. [[Voir aussi M. Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 552 *bis*.]]

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 552 *bis*, se demande quels seraient les droits de l'épouse de bonne foi d'un bigame mort, avant l'annulation du mariage, sans laisser de parents au degré successible, et dont la succession serait réclamée par cette femme putative et par la femme légitime. Il croit que les deux épouses, ayant les mêmes droits, viendront en concours et que la succession se partagera entre elles. Voir un arrêt dans ce sens, *infra*, p. 463.

adultérins ou *incestueux*. Le mariage *putatif* ne peut pas, en effet, être plus favorisé qu'un mariage réellement valable ; or, aux termes de l'article 237, les enfants naturels incestueux ou adultérins ne peuvent pas être légitimés, même par un mariage valable *(a)*.

Quant aux enfants naturels simples, la question est controversée.

Négative. — Le mariage putatif produit, il est vrai, les mêmes effets civils qu'un mariage valable ; mais à l'égard de qui ? L'article 164 est formel : à l'égard des époux et des enfants *nés du mariage !* Le mariage, quoique putatif, n'est donc point réputé valable à l'égard des enfants *issus d'un commerce antérieur* (1).

Affirmative. — La règle qui régit les mariages putatifs est posée dans l'article 163 ; l'article 164 ne fait qu'y apporter un tempérament. Or, selon l'article 163, le mariage *putatif* produit les mêmes effets civils qu'un mariage valable, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des *enfants*. On ne distingue point entre les enfants *issus du mariage* et les enfants naturels nés antérieurement, mais habiles à recevoir le bienfait de la légitimation. La règle est générale et absolue ; elle profite à tous. Il est vrai qu'après l'avoir consacrée en termes généraux, la loi ne parle plus, dans l'article 163, que des enfants *nés du mariage ;* mais il est évident qu'en employant ces expressions, elle a simplement entendu statuer sur le *plerumque fit.* Sa disposition est, en effet, purement énonciative ; elle n'a rien d'exclusif.

Et, d'ailleurs, ce n'est pas seulement à l'égard des enfants que

---

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Légitimation*, section 2, § 2, n° 4 ; Proud., t. II, p. 170 ; Toull., t. I, n° 657. [[Pothier, *Contrat de mariage*, n°s 419, 441, se prononce également dans ce sens. Il dit que le commerce que les conjoints ont eu avant leur mariage est un commerce criminel dont le vice ne peut être purgé que par un mariage véritable. Il cite, à l'appui de sa solution, un arrêt rendu dans le cas du fameux Jean Maillard, du 15 mars 1674, rapporté au troisième tôme du *Journal des Audiences*. Jean Maillard était revenu au bout de quarante ans d'absence. Sa femme avait eu un commerce illicite avec le sieur Thibault de la Boissière, qu'elle avait fini par épouser. Après le retour de Jean Maillard, ce second mariage fut déclaré nul et les enfants nés du commerce antérieur furent déclarés illégitimes. Remarquons que, dans l'espèce, les enfants étaient adultérins et qu'il n'y a pas de doute qu'on déclarerait leur illégitimité même aujourd'hui. Mais Pothier donne une application générale à ce principe. Il cite le cas d'une femme qui aurait épousé un prêtre de bonne foi, et, dans ce cas, n'ayant pu intervenir de mariage légitime entre les parties, le prêtre étant incapable d'en contracter, le vice du commerce dont l'enfant est né, n'a pu, dit-il, être purgé.

(*a*) Voir dans ce sens, M. Baudry-Lacantinerie, n° 551.

le mariage putatif produit les mêmes effets civils qu'un mariage valable ; c'est aussi *à l'égard des époux*, ou de celui des deux qui est de bonne foi. Or, dire que la légitimation de leur enfant n'a pas lieu, c'est dire que leur mariage, quoique putatif, ne produit pas *pour eux* tous les avantages qu'ils en auraient retirés s'il eût été réellement valable, avantages sur lesquels ils ont vraisemblablement compté en se mariant (1) !

Lorsque *l'un des époux seul* a été de bonne foi, le mariage produit tous les effets civils du mariage valable à l'égard de l'époux de bonne foi et des enfants issus du mariage. Il n'en produit aucun à l'égard du conjoint qui a été de mauvaise foi. De là il suit :

1° Que l'époux qui a été de bonne foi peut seul, dans ses rapports avec son conjoint, invoquer contre lui le mariage avec tous ses effets civils, ou le considérer comme non avenu, suivant son intérêt, mais sans pouvoir diviser sa prétention. Il ne peut que le tenir bon pour le tout ou nul pour le tout.

[[Cependant, M. Baudry-Lacantinerie (n° 554) dit que l'époux de bonne foi, peut exiger l'exécution des donations à lui faites par son conjoint, sans que ce dernier ait un droit semblable, même au cas où ces donations auraient été stipulées réciproques. Car, dit-il, ces donations sont subordonnées à la condition *si nuptiæ sequuntur*, et, par conséquent, leur validité est un effet civil du mariage. On ne saurait, ajoute-t-il, invoquer contre cette solution, le principe de l'indivisibilité des conventions matrimoniales, car les donations entre époux par contrat de mariage ne sont pas des conventions matrimoniales. Le même auteur enseigne que les donations faites par un tiers au conjoint de bonne foi, dans le contrat de mariage, devront être maintenues, mais il ne reconnaît pas le même effet à celles qui sont faites à l'époux de mauvaise foi. Je crois qu'on peut décider que si l'époux de mauvaise foi est grevé de substitution et que ses enfants soient appelés à cette substitution, ces derniers pourront, malgré la mauvaise foi de leur parent, réclamer le bénéfice de la substitution. M. Baudry-Lacantinerie décide la même chose d'une donation de biens à venir faite à l'époux de mauvaise foi, les enfants devant, aux termes de l'article 829, profiter de cette donation au cas de survie du donateur.]]

---

(1) Dem., t. I, n° 283 *bis*, VII ; Marc., sur les art. 201, 202 ; Dur., t. II, n° 356 ; Bug., à son cours ; MM. Aubry et Rau, t. V, § 460, note 12 ; Val., *sur Proud.*, t. II, p. 171 ; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 303 ; Demol., t. I, n° 336 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 331 : Laurent, t. II, n° 509. [[M. Baudry-Lacantinerie, t. I. n° 551.]]

2° Que les enfants peuvent succéder non seulement à l'époux de bonne foi, mais encore à l'époux de mauvaise foi ; celui-ci, au contraire, ne leur succède point. Ses enfants succéderont même à ses parents ; mais ici la réciproque est vraie : car ses parents sont unis par un lien légitime à ses enfants, et toute parenté légitime emporte le droit réciproque de successibilité. S'il en est autrement à l'égard du conjoint de mauvaise foi, c'est que son délit a fait établir une exception contre lui *(a)*.

3° Que la puissance paternelle appartient exclusivement à l'époux de bonne foi, quel qu'il soit, à la mère, par conséquent, à l'exclusion du père, si c'est elle qui est de bonne foi (1).

III. Dans quels cas et à quelles conditions il y a mariage putatif. — Une seule condition suffit pour constituer un mariage putatif. *la bonne foi des époux* ou *de l'un d'eux*. Peu importe que l'union qu'ils ont cru former ait été célébrée ou non par un officier de l'état civil (2) ; peu importe qu'elle soit simplement *annulable* ou radicalement *nul* (3). Du moment qu'il y a bonne foi, cela suffit. Leur convention, si informe qu'elle soit, est alors transformée, par la toute-puissance de la loi, en un mariage qui, tant qu'il n'est pas annulé, produit tous les effets civils d'un mariage valable. La théorie du mariage *putatif* est toute *d'équité ;* or, l'équité, par sa nature, n'admet et ne peut admettre qu'une seule distinction : y a-t-il eu ou non bonne foi ? Tout est là. Une mineure, abusée par un infâme, a cru pouvoir légitimement se

(1) Dem., t. I, n° 283 *bis*, IX ; Bug. et Val., à leurs cours : Demol., t. I, n° 372.

(2) Marc., sur l'art. 201 : M. Val., *Cours de c. civ.*, t. I, p. 306 et suiv. — Dans un autre système, on soutient qu'il n'y a point de mariage putatif sans une célébration plus ou moins parfaite du mariage par un officier de l'état civil. Cette célébration est, dit-on, nécessaire, puisque ce n'est qu'au mariage *contracté* de bonne foi que la loi attache les effets d'un mariage valable (M. Demolombe, t. I, n° 354). [[Je reviendrai sur cette question plus loin. Voyez *infra*, p. 462, note (1).]]

(3) Zachariæ enseigne qu'un mariage *nul*, quoique contracté de bonne foi, est destitué de tout effet ; car, dit-il, rien ne peut sortir de rien ou du néant. *Conf.* MM. Aubry et Rau, t. V, § 460, note 1. On a répondu que les rédacteurs du code citent constamment, pour exemple d'un mariage putatif, celui qu'une personne a contracté *de bonne foi* avec un *mort civilement ;* or, le mariage contracté par un mort civilement était radicalement nul (M. Val., *Cours de c. civ.*, t. I, p. 307). [[Quant au mariage contracté par un mort civilement, il faut remarquer que notre article 36 ne va pas aussi loin. Il se contente de dire que la personne morte civilement ne peut contracter un mariage qui produise quelque effet civil. Mais civilement parlant, et abstraction faite du lien matrimonial, ce mariage est bien radicalement nul.]]

(*a*) Dans le même sens, M. Baudry-Lacantinerie, n° 554.

marier devant un notaire qui s'est fait le complice de son séducteur : son union sera-t-elle privée de la protection de la loi ? sera-t-elle victime de la fraude qu'on a pratiquée pour la tromper ? Quoi ! la loi, qui traite d'épouse légitime la femme qui, par erreur de droit, a cru pouvoir épouser son frère, ne verra qu'une concubine dans cette mineure abusée ! L'équité peut-elle donc s'accommoder de pareilles distinctions ?

Le texte de la loi résiste à une décision aussi inhumaine. Tout mariage qui a été déclaré *nul*, mais qui a été *contracté* de bonne foi, est putatif ; or, dans notre espèce, il y a eu mariage *contracté*. Sans doute le contrat a été mal fait ; mais c'est précisément pour relever les parties des conséquences qu'entraînerait la nullité, qu'a été imaginée la théorie du mariage putatif (1).

Remarquons en terminant qu'il suffit que la bonne foi ait existé *au moment où le mariage a été contracté*. Les époux qui, après s'être mariés de bonne foi, découvrent que leur mariage est nul, sont bien excusables lorsqu'ils ne se séparent pas immédiatement. La crainte du scandale, l'espoir légitime que la nullité se couvrira ou qu'elle ne sera point reconnue, leur ôtent la force de rompre une union dans laquelle ils ont jusque-là vécu honnêtement. La loi a dû tenir compte de cette position difficile et la couvrir de son indulgence (art. 2253 arg.). Ainsi, le mariage qui, dans le principe, a été putatif, conserve ce caractère et continue de produire ses effets, même après que les époux ont reconnu leur

---

(1) Marc., sur les art. 201 et 202 : M. Laurent, t. II, n° 503. [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 545, tout en reconnaissant que les anciens docteurs exigeant la solennité de la célébration du mariage, se prononce dans le même sens. Le juge Loranger, n° 416, cite la définition suivante du mariage putatif, sans en indiquer la provenance : *Matrimonium putativum est quod bona fide et* SOLEMNITER, *saltem opinione conjugis unius, justa contractum inter personas jungi non vetitas consistit.*

M. Baudry-Lacantinerie dit que l'erreur des époux ou de l'époux de bonne foi a pu être une erreur *de fait* ou une erreur *de droit*.

L'erreur *de fait* consiste dans l'ignorance ou la fausse notion d'un fait qui s'opposait à la validité du mariage. Ainsi, deux personnes parentes au degré prohibé se marient dans l'ignorance du lien de parenté qui les unit.

L'erreur *de droit* résulte de l'ignorance ou de la fausse notion d'une disposition législative qui met obstacle à la validité du mariage. Ainsi, deux personnes parentes au degré prohibé et connaissant cette parenté, se marient dans l'ignorance de la disposition législative qui prohibe le mariage entre personnes parentes à ce degré. Dans un cas comme dans l'autre, cette erreur, soit de fait soit de droit, peut former la base de la bonne foi de l'époux ou des époux.]]

erreur, et *tant que la nullité de leur mariage n'a pas été judiciairement prononcée* (1).

[[Il n'y a dans notre jurisprudence que trois décisions sur ces questions.

La première en date, celle de *Gregory* v. *Dyer* (15 L. C. J., p. 223), jugée longtemps avant le code, affirme qu'une femme qui a épousé un homme déjà marié, durant la vie de la première femme, n'est pas privée de ses avantages matrimoniaux, si elle l'a ainsi épousé, ignorant l'existence du premier mariage.

Près de vingt-cinq ans plus tard, mais avant la codification, nous trouvons un deuxième arrêt, celui de *Cathcart et al.* v. *The Union Building Society* (15 L. C. R., p. 467), qui ne fait qu'énoncer le principe de l'article 164. Dans l'espèce, un nommé Wilson, qui avait abandonné sa femme en Angleterre, s'était marié de nouveau à Québec du vivant de sa femme. La seconde épouse était de bonne foi et il s'agissait de savoir si ce second mariage avait créé une communauté de biens et quelle serait la part de la seconde femme et des enfants. Les parties ayant admis que la part de la véritable femme qui demeurait en Angleterre était, suivant la loi anglaise, d'un tiers, le tribunal divisa la succession du mari en trois parts, celle de la première femme, celle de la femme putative et celle des enfants issus du second mariage.

La troisième décision est celle de *Morin* v. *La corporation des Pilotes* (8 Q. L. R., p. 222); elle date de 1882. Le juge Casault y a jugé que la nullité d'un second mariage, contracté avant la dissolution d'un premier mariage, n'est pas littéralement absolue et n'empêche pas le conjoint de bonne foi d'acquérir les

(1) Dem., t. I, n° 283 *bis* III et V ; Dur., t. II, n° 363 ; MM. Aubry et Rau, t. V, § 460, note 6 ; Val., *Explic. somm.*, p. 115 et 116 ; *Cours de Code civ.*, t. I, p. 305 et 306 ; Bug., à son cours ; Demol., t. 2, n° 360. [[Remarquons, cependant, que Pothier, *Successions*, ch. I, s. 2, art. 3, § IV, (éd. Bugnet, t. VIII, p. 18), citant le cas de l'absence du premier mari et du mariage contracté de bonne foi par son conjoint, dit que ce mariage putatif aura l'effet de légitimer les enfants nés de ce mariage, " pourvu qu'ils aient été conçus pendant que la bonne foi durait, c'est-à-dire, *avant le retour du premier mari*, qu'on croyait mort." La question est délicate, mais il ne me semble pas que la complicité du premier mari ou son silence puisse empêcher que ce qui était d'abord une conjonction licite, à cause de la bonne foi des parties, ne devienne un adultère quand ces parties savent que le premier mari exsite, car c'est alors leur devoir de se séparer. Mais comme le premier mari, pour faire prononcer la nullité du second mariage, est obligé de prouver son identité, le second mari, mais difficilement la femme, pourra être de bonne foi tant que l'identité de ce premier mari, qu'il a pu n'avoir jamais connu, n'est pas démontrée.]]

droits que lui confèrent son contrat de mariage ou les dispositions qui en tiennent lieu ; mais la femme, dont le premier mariage est dissous, ne peut réclamer des droits ouverts depuis cette dissolution et qu'elle aurait pu réclamer si le mariage eût encore existé : ainsi elle ne peut pas obtenir la pension que l'association, à laquelle appartenait le mari putatif, devait payer à sa veuve.

Tout cela est fort clair et fait saisir la portée de la disposition que nous commentons. Tant que le mariage n'est pas annulé, la bonne foi qui protégeait l'époux lors de sa célébration, le protège encore ; donc si le mari putatif était décédé avant que cette nullité eût été ainsi constatée, la femme aurait pu réclamer la pension due à la veuve de ce mari. Cette constatation de la nullité résout le contrat, mais ce contrat, vu la bonne foi de l'époux, produit des effets jusqu'au moment de cette résolution ; il cesse, cependant, d'en produire pour l'avenir. Ainsi, la femme prend son douaire coutumier, quand il écheoit, sur les biens du mari putatif qui y était sujets lors de la constatation de la nullité, mais non sur ceux que le mari putatif a pu acquérir par la suite. Remarquons, cependant, que dans cette même cause, le juge Casault a décidé que les admissions et reconnaissances libres et formelles et constatées dans un document public, ayant date certaine, des nullités d'un mariage peuvent, sous le code civil, être aussi effectivement opposées au conjoint auparavant putatif dont elles émanent que si la nullité du mariage eût été prononcée.

IV. Preuve de la bonne foi. — Qui doit prouver la bonne foi ? M. Baudry-Lacantinerie, n° 545, enseigne que c'est à l'époux à faire cette preuve. *Actori incumbit probatio.* (Voyez, du reste, l'article 1203).

Tout le monde, dit cet auteur, admet cette solution pour le cas où la bonne foi est basée sur une erreur de droit. Alors la bonne foi est combattue par la présomption *Nemo censetur ignorare legem.*

Mais, ajoute-t-il, on a prétendu que la bonne foi doit au contraire, être présumée lorsqu'elle est basée sur une erreur de fait. On cite l'article 2202 qui dit que la bonne foi se présume toujours. M. Baudry-Lacantinerie dit qu'il a été victorieusement répondu que les présomptions légales sont de droit étroit et ne peuvent être étendues d'un cas à un autre. Or, la présomption de l'article 2202 est spéciale à la prescription et on ne saurait l'appliquer en matière de mariage.]]

SECTION III. — DE LA PREUVE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

La loi reconnaît, quant à la célébration du mariage, [[trois]] modes de preuve, savoir : 1° preuve par l'acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil (art. 159) ; — 2° preuve par les registres ou papiers domestiques et par témoins (art. 51 et 159) ; — 3° preuve par la possession d'état d'enfants légitimes, non contredite par leur acte de naissance et jointe à la possession d'état d'époux de leurs père et mère décédés (art. 162).

Le premier de ces modes de preuve, la preuve par l'acte de célébration, forme la règle ou le droit commun. Les deux autres sont des dérogations à la règle. La première de ces dérogations, la preuve par papiers domestiques ou par témoins, est applicable à toutes personnes. La dernière n'a été introduite *qu'en faveur des enfants ; elle ne peut être invoquée que par eux.*

I. **Règle.** — *Preuve du mariage par l'acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil.* — " Nul ne peut réclamer " *le titre d'époux* et les effets civils du mariage, s'il ne représente " un acte de célébration, *inscrit sur le registre de l'état civil* " (art. 159). — Si l'on s'attachait littéralement au texte de cette disposition, on dirait, par argument *a contrario*, que la règle qu'elle établit ne s'applique qu'au cas où c'est l'un des prétendus époux qui affirme l'existence du mariage, et qu'ainsi la preuve peut en être faite par d'autres moyens que par l'acte de célébration, toutes les fois qu'elle est affirmée par toute autre personne que les prétendus époux. Mais cette interprétation littérale ne donnerait point la véritable pensée de la loi : la généralité de notre règle ressort, en effet, très clairement de la disposition de l'article 162, aux termes duquel les enfants des prétendus époux ne sont eux-mêmes dispensés de la représentation de l'acte de célébration que *par exception* et sous certaines conditions (1).

Ainsi, lorsque l'existence d'un mariage est contestée, c'est à celle des parties qui affirme qu'il existe à en faire la preuve ; *en principe, elle ne peut la faire que par la représentation d'un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil.*

Nulle autre preuve n'est admissible, ni les registres ou papiers domestiques, ni les témoins, ni même l'acte de célébration *inscrit sur une feuille volante (a).* La loi est, en effet, formelle et

(1) Val., *Cours de Code civ.*, p. 287.

(*a*) Ce n'est pas à dire qu'on ne puisse, dans ce cas, faire rectifier le registre de l'état civil en y faisant insérer l'acte qui a été indûment inscrit sur une feuille volante. C'est le cas de l'article 77.

exclusive : elle n'admet, comme preuve du mariage, que l'acte de célébration *inscrit sur les registres* (1).

La possession d'état elle-même, si longue et si constante qu'elle ait été, ne supplée point à l'acte de célébration. La loi a considéré que, si la possession d'état d'époux suffisait pour dispenser celle des parties qui affirme le mariage de représenter l'acte de célébration, le concubinage usurperait trop souvent la place des unions légitimes : car fréquemment il arrive, dans les grandes villes surtout, que deux personnes qui ne sont point mariées se donnent et s'établissent comme mari et femme, vivant publiquement avec le titre d'époux, et avec toutes les apparences propres à justifier ce titre *(a)*.

---

(1) MM. Dur., t. II, n° 244 ; Aubry et Rau, t. V, § 452 *bis*, texte et note 1 ; Demol., t. I, n° 386 ; Laurent, t. III, n° 5, p. 11.

MM. Duc., Bonn. et Roust. (art. 194 C. N.), reconnaissent à l'acte inscrit *sur une feuille volante* la même force probante qu'à l'acte inscrit *sur les registres*. Cette solution m'a semblé trop directement contraire au texte de la loi pour être admise.

Demante (t. I, p. 382) admet bien que l'acte inscrit *sur une feuille volante* ne fait point, comme l'acte inscrit *sur les registres*, preuve *complète* du mariage : mais il y voit *un commencement de preuve par écrit*, susceptible de rendre admissible la preuve par témoins, conformément au principe doctrinal de l'art. 1347, et par argument d'analogie des art. 323 et 341. [[Il s'agit ici d'articles du code Napoléon. Nous n'avons pas, dans les mêmes termes, la disposition de l'article 1347 ; quant aux articles 323 et 341, ce dernier n'existe pas dans notre code. L'article 323 est notre article 232.]] — Ce système m'a également semblé inadmissible. Deux raisons principales me l'ont fait rejeter :

1° La loi a tracé, quant à la preuve de la célébration du mariage, une théorie complète et spéciale, qui doit se suffire à elle-même. Il n'est point permis de l'élargir ou de la restreindre par des arguments d'analogie tirés d'une autre matière : autrement, elle n'aurait plus d'objet, et finirait par se confondre avec le droit commun. Ainsi, il faudrait aller jusqu'à dire, ce que pourtant personne n'admet, que les tiers qui affirment l'existence du mariage peuvent, *dans tous les cas*, l'établir par témoins : car c'est un principe du droit commun que ceux qui affirment un fait *dont ils n'ont pas pu se procurer une preuve écrite*, sont toujours admissibles au bénéfice de la preuve testimoniale.

2° L'inscription de l'acte sur une feuille volante constitue, de la part de l'officier de l'état civil, un délit qui le rend passible de certaines peines (art. 52 C. N., et 192 C. pén.). En conséquence, et afin d'empêcher toute collusion, la loi veut que les parties, si elles désirent avoir la preuve de leur mariage, agissent au criminel, conformément à l'art. 198 C. N. Donc, tant qu'il n'est pas intervenu une condamnation criminelle contre l'officier de l'état civil, l'acte qu'il a inscrit sur une feuille volante n'a aucune valeur aux yeux de la loi (MM. Bug. et Val., à leurs cours). [[Il est à peine nécessaire d'ajouter que nous n'avons pas cette législation. L'article 77 fournit un remède beaucoup plus simple.]]

(*a*) C'est la disposition de l'article 160 qui dit que "la possession d'état ne peut dispenser les prétendus époux qui l'invoquent de représenter l'acte de célébration du mariage."

Toutefois, si la possession d'état d'époux ne prouve point le mariage, elle n'est point pourtant destituée de tout effet civil. Elle ne supplée point l'absence de l'acte de célébration ; mais, lorsqu'il en existe un qui à cause de ses irrégularités ne suffirait point pour faire preuve du mariage, elle le corrobore et en couvre les vices. " Lors, dit l'article 161, qu'il y a possession d'état, et " que l'acte de célébration du mariage est *représenté*, les époux " sont non-recevables à demander la nullité de *cet acte.*"

" La nullité de *l'acte*..." Ces derniers mots doivent être remarqués : ils portent en eux la pensée de la loi. Ils nous montrent, en effet, qu'elle a voulu régler ici, non pas une question de *fond*, mais une pure question de *forme* ou de *preuve ;* que la fin de non-recevoir qu'elle établit a trait, non pas aux nullités du *mariage*, mais aux nullités de l'*acte* de mariage. Ainsi, les nullités qui sont ici couvertes par la possession d'état sont uniquement celles qui résultent des irrégularités ou omissions qui ont vicié l'*acte* de célébration du mariage. Quant aux nullités du *mariage*, nullités fondées sur le défaut d'âge, sur la bigamie, sur l'inceste ou sur le défaut de consentement, elles restent entières, nonobstant la possession d'état. Elles pourraient être invoquées, alors même que l'acte de célébration du mariage serait parfaitement irréprochable ; à bien plus forte raison, doit-il en être de même lorsqu'il est irrégulier.

En d'autres termes, la possession d'état a pour effet d'attribuer à un acte informe la force probante d'un acte régulier (1).

Une difficulté a été soulevée. *Aucune* des formalités requises pour les actes de l'état civil n'est prescrite *à peine de nullité* : l'acte de célébration est donc valable, *quoique irrégulier ;* or, s'il est valable, il fait preuve de même qu'un acte régulier.

Mais, s'il fait preuve, à quelle nullité s'applique donc notre article 161 ? Qu'est-il besoin d'invoquer la possession d'état pour se défendre contre les nullités que la loi n'établit point ?

Deux solutions ont été proposées :

Première solution. — Il est bien vrai qu'aucune des formes requises pour la rédaction des actes de l'état civil n'est expressément prescrite à peine de nullité ; mais il ne résulte point de là que les juges soient liés par la représentation d'un acte entaché d'irrégularités assez graves pour lui enlever sa force probante ; ils ont, à cet égard, un pouvoir d'appréciation qui leur permet

(1) Dem., t. I, p. 384 ; MM. Bug. et Val., à leurs cours ; Dur., t. II, n° 252 ; Marc., sur l'art. 196. [[Voir aussi, dans ce sens, M. Baudry-Lacantinerie, n° 562.

d'admettre ou de rejeter, suivant l'importance plus ou moins grande des formalités omises, l'acte qui est produit comme preuve du mariage.

Ce pouvoir discrétionnaire, ils ne l'ont plus lorsque l'acte irrégulier est confirmé, corroboré, par la possession d'état qui en a effacé les vices. Ainsi, par exemple, l'acte de célébration inscrit sur une feuille volante, lorsqu'il n'est point accompagné de la possession d'état, ne prouve point le mariage ; mais, combiné avec elle, il acquiert alors la force probante qu'il n'avait pas dans le principe. Les parties qu'il concerne ne peuvent plus l'attaquer sous prétexte qu'il n'a pas été inscrit sur les registres de l'état civil (2).

Deuxième solution. — La possession d'état couvre les vices de l'*acte de célébration.* Mais que faut-il entendre par ces mots : *acte de célébration ?* Le mot *acte* n'a pas dans nos lois un sens rigoureusement défini : c'est tantôt un écrit rédigé pour constater un fait, une action de l'homme, en un mot pour constater ce qui s'est passé, *id quod actum est ;* tantôt c'est ce qui s'est passé, c'est-à-dire l'ensemble des circonstances, conditions et formalités, qui constituent le fait raconté dans l'écrit qui a été dressé pour en perpétuer le souvenir.

Cela posé, on peut dire : " La possession d'état purge l'acte de célébration des vices dont il est infecté. L'*acte de célébration*, ce n'est pas seulement l'*écrit* qui constate qu'elle a eu lieu ; c'est la *célébration même,* c'est-à-dire l'ensemble des solennités ou conditions qui la constituent.

" Or, parmi ces solennités, formalités ou conditions de la célébration, figure la *publicité.*

" Le *défaut de publicité* peut, en principe, amener la nullité de la célébration ; mais cette nullité se couvre et s'efface par la pos-

(2) Dem., t. I, p. 384. — Cette solution est très contestée. Plusieurs auteurs font remarquer qu'on ne peut citer pour la démontrer qu'un seul exemple, et précisément l'espèce produite se trouve en contradiction manifeste avec le texte de la loi. Que dit, en effet, l'art. 161 ? que la possession d'état couvre la nullité de l'acte de célébration. L'acte de célébration dont la nullité est ainsi couverte est évidemment un acte qui a été *inscrit sur les registres :* cela résulte très clairement du rapprochement de notre article avec ceux qui le précèdent. Notre article ne s'applique donc point au cas où l'acte produit n'est qu'une *simple feuille volante* (M. Dur., t. II, n° 245).

Cette hypothèse mise de côté, quelle sera la nullité qui sera couverte par la possession d'état ? On n'en peut citer aucune ! car, encore une fois, aucune des formes exigées pour la rédaction de l'acte de célébration, aucune des énonciations qu'il doit contenir, n'est prescrite à peine de nullité. L'art. 161 se trouverait donc complètement inutile et sans objet !

session d'état, c'est-à-dire par une publicité postérieure qui donne au mariage la notoriété dont il a manqué dans le principe."

Ainsi, dans ce système, la nullité que couvre la possession d'état est celle qui résulte du *défaut de publicité* (1).

Quelques personnes vont plus loin. Selon elles, la possession d'état couvre non seulement la nullité résultant du défaut de publicité, mais encore celle qu'engendre l'incompétence de l'officier de l'état civil : car, disent-elles, la compétence de l'officier de l'état civil, n'étant elle-même qu'un des principaux éléments de la publicité, ne constitue comme elle qu'un vice, qu'une nullité de la célébration du mariage (2).

(1) MM. Bug. et Val., à leurs cours : Demol., t. I, n 328 : Duc. Bonn. et Roust., sur l'art. 196.

(2) MM. Val., *Explic. somm.*, p. 112 ; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 289 et suiv. ; Demol., t. I, n° 328 ; Aubry et Rau, t. V, § 467, 3 ,p . 117 ; Gérardin, *Revue prat.*, t. XXI (1866), p. 257 et suiv.

Cette deuxième solution est aussi vivement critiquée que la première :

1 La place qu'occupe l'art. 161 en détermine la portée. Il fait partie des dispositions par lesquelles la loi a organisé la *preuve* du mariage ; or, en l'appliquant au fait même de la célébration, on résout non plus une question de *preuve*, mais une question de *fond :* on l'applique non plus aux nullités de la *preuve* du mariage, mais aux nullités du *mariage* lui-même.

2 Le texte de l'art. 161, rapproché des art. 159 et 160, lève, d'ailleurs, tous les doutes :

Aux termes de l'art. 159, le mariage ne se prouve, en principe, que par " la *représentation* de l'acte de célébration, *inscrit sur les registres de l'état civil*" ; or, il est évident pour tout le monde qu'ici la loi entend par *acte de célébration*, *l'écrit* même qui a été dressé pour la constater.

Aux termes de l'art 160, la possession d'état ne supplée point à *la représentation de l'acte de célébration ;* pour tout le monde encore, l'acte de célébration dont parle cet article n'est autre chose que l'*écrit* dont il est parlé dans l'art. 159.

Vient enfin l'art. 161, qui, supposant qu'un *acte irrégulier de célébration* a été REPRÉSENTÉ, déclare que la possession d'état efface les vices de *cet acte*. L'enchaînement de ces diverses dispositions n'est-il pas de toute évidence ? Le mariage ne se *prouve* que par un acte (*écrit*) de célébration. La possession d'état ne supplée point à cet acte, à cet *écrit*. Toutefois, elle a pour effet de le purger des vices dont il peut être infecté. Comment ne pas voir qu'il ne s'agit partout, dans l'art. 161 comme dans les art. 159 et 160, que de l'acte écrit (Dem., t. I, p. 384) ?

-- Cette critique me semble fort juste. Mais alors à quelle nullité s'applique donc notre art. 161 ? A vrai dire, la pensée de la loi m'échappe. Les rédacteurs du code, en rédigeant l'art. 161, avaient sans doute perdu de vue le principe que les irrégularités qui se rencontrent dans les actes de l'état civil n'en entraînent point la nullité.

" Ne pourrait-on pas, dit M. Laurent (t. III, n° 7), appliquer l'art 161 à l'hypothèse où l'officier public n'a pas signé l'acte de célébration ?" La cour de cassation l'a fait par son arrêt du 26 juillet 1865 (Sir., 65. 1. 393).

— Remarquez, au reste, que la fin de non-recevoir résultant de la possession d'état n'est opposable [[*qu'aux époux.*]] " *Les époux,* dit l'article 161, sont non-recevables à demander la nullité de l'acte de célébration" *(a).* Toute autre partie intéressée peut donc, nonobstant la possession d'état des prétendus époux, attaquer utilement l'acte irrégulier de célébration qu'on lui oppose (1).

Première exception à notre règle. — Preuve du mariage tant par titres et papiers domestiques que par témoins. — Le mariage peut être prouvé par cette voie :

1° Lorsqu'il n'a pas existé de registres, ou lorsqu'on rencontre des lacunes ou des interruptions dans leur tenue ;

2° Lorsqu'ils ont été perdus ou détruits en tout ou en partie (voy. pp. 202-208, *supra.*).

Lorsque les registres ont été régulièrement tenus, les parties qui prétendent que l'acte de célébration a été omis, et qui, en conséquence, demandent le bénéfice de notre exception, ne doivent pas être entendues ; autrement, la preuve que la loi n'admet qu'*exceptionnellement* deviendrait, en fait, *de droit commun* (2); [[dans notre droit, du reste, la partie peut, aux termes de l'article 77, faire inscrire cet acte entièrement omis dans le registre de l'état civil.]]

---

(1) Dem., t. 1, p. 383 ; M. Demol., t. I, n° 327. [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 563.]]

J'ai peine à croire à cette limitation de l'art. 161. Il est bien vrai qu'il n'y est question que des *époux* ; mais n'en est-il pas de même dans les art. 159 et 160 ? et cependant tout le monde convient qu'ils sont applicables *à toute personne intéressée,* quelle qu'elle soit ! J'ajoute que l'art. 161, entendu restrictivement, amènerait ce résultat fâcheux, que les époux qui, à raison de leur possession d'état, seraient irrévocablement liés, resteraient cependant perpétuellement menacés de la nullité de leur union. De là, une anxiété perpétuelle pour eux et pour leurs enfants ! — Voy. aussi M. Val., *Cours de C. civ.*, t. 1, p. 290.

(2) Dem., t. I, p. 383 ; MM. Bug. et Val., à leurs cours ; Marc., sur l'art. 194 C. N.; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article ; Demol., *De la publication, des effets et de l'application des lois en général,* etc., n° 324.

(*a*) Il faut remarquer une différence de rédaction entre l'article 161 de notre code et l'article 196 du code Napoléon. Ce dernier article dit que les époux sont *respectivement* non-recevables ; dans notre article, au contraire, ce mot " respectivement " est omis. C'est ce qui fait dire à Mourlon, dans le texte, que cette fin de non-recevoir n'est opposable que par l'un des époux à l'autre. J'ai modifié ce texte pour le faire concorder avec les termes de notre article. Je crois que l'effet de cet article est d'empêcher les époux d'opposer la nullité de leur acte de célébration aux tiers qui se prévalent du fait de leur possession d'état.

Seconde exception à notre règle. — Preuve du mariage par la possession d'état d'enfants légitimes, non contredite par leur acte de naissance, et jointe à la possession d'état d'époux de leurs père et mère décédés. — L'état d'époux peut être utilement contesté, lorsque celui qui le réclame ne représente pas l'acte de célébration du mariage dont il affirme d'existence. C'est vainement qu'il invoque à l'appui de sa prétention une possession publique et constante de l'état qu'il revendique. Si le mariage existe, lui répond-on, procurez-vous l'acte de célébration, et montrez-le. A défaut de cette preuve légale, vous ne pouvez pas être écouté.

Ainsi, lorsqu'un mariage est affirmé, soit par les prétendus époux, soit par leurs *ascendants* ou leurs *collatéraux*, la seule preuve que la loi admette consiste dans l'acte de célébration (sauf, bien entendu, les exceptions que nous avons étudiées) ; aucune possession d'état ne peut y suppléer.

Il n'en est pas toujours ainsi à l'égard de leurs *enfants*. En principe, de même que les prétendus époux, de même que toute autre personne, les enfants doivent, lorsqu'ils affirment l'existence du mariage de leurs père et mère, en rapporter la preuve légale : à défaut de l'acte de célébration, leur légitimité peut être utilement contestée. Voilà le droit commun. Mais *une exception* a été introduite en leur faveur. Leur légitimité ne peut pas être contestée, sous prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère, ou, en d'autres termes l'absence de cet acte ne leur nuit point, lorsque les quatre conditions qui suivent se trouvent réunies *(a)*. Il faut :

1° *Que leurs père et mère aient eu la possession d'état d'époux*, c'est-à-dire qu'ils aient vécu publiquement comme mari et femme, et que, dans leur famille, dans la société, ils aient toujours été reconnus comme des personnes unies par le lien légitime du mariage ;

2° *Qu'ils soient eux-mêmes en possession d'état d'enfants légitimes*. [[Nous verrons, sous le titre *De la filiation*, ce que c'est que cette possession d'état.]]

(*a*) L'article 162 qui est la copie presque textuelle de l'article 197 du code Napoléon, se lit comme suit :

" Si néanmoins, dans le cas des articles 159 et 160, il existe des " enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme " mari et femme, et qui sont tous deux décédés, la légitimité des " enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de " représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette " légitimité est appuyée sur une possession d'état qui n'est pas con- " tredite par l'acte de naissance ".

3° *Que leur possession d'état ne soit pas contredite par leur acte de naissance.* — Cette troisième condition est toute négative. On n'exige point d'eux qu'ils représentent un acte de naissance où leur légitimité serait déclarée ; il suffit qu'on ne puisse point leur en opposer un où ils sont qualifiés d'*enfants naturels* ;

4° *Que leurs père et mère soient l'un et l'autre décédés.* — Cette quatrième condition va nous donner l'un des deux motifs sur lesquels repose notre exception. Lorsque le mariage est affirmé par les époux eux-mêmes, la loi a pu, sans injustice, exiger d'eux la représentation de l'acte de célébration de leur mariage. Rien ne leur est plus facile que de se procurer l'acte qui prouve cette célébration : rien, par conséquent, ne saurait les dispenser de les représenter.

Sont-ils vivants l'un ou l'autre : leurs enfants peuvent se renseigner près d'eux, et apprendre ainsi le lieu où le mariage a été célébré, ce qui les met à même de se procurer, lorsqu'ils sont intéressés à le prouver, l'acte de célébration qui en établit l'existence. Dans ce cas donc, la loi les soumet au droit commun.

Il n'en est plus de même lorsque les époux sont l'un et l'autre décédés : leurs enfants peuvent ignorer le lieu, le pays, étranger peut-être, où le mariage a été célébré. Qui pourrait maintenant les renseigner ? leurs père et mère ? ils n'existent plus ! leurs parents ? ceux-ci sont le plus souvent intéressés à contester leur légitimité. En présence de cette impossibilité, la loi, venant à leur secours, a organisé pour eux le mode spécial de preuve que nous étudions.

Remarquez que le motif de cette impossibilité ne suffit point à lui seul pour justifier le privilège qu'on leur accorde : car cette impossibilité peut également exister à l'égard des *ascendants*, et surtout à l'égard des *collatéraux* des époux, et cependant ces personnes ne sont point dispensées de la représentation de l'acte de célébration. Donc, s'il en est autrement à l'égard des *enfants*, c'est qu'outre cette impossibilité, il y a encore *la faveur due à la légitimité*.

Deux questions ont été soulevées :

1° Les époux *existent* mais ils sont l'un et l'autre absents, ou l'un et l'autre interdits, ou enfin l'un absent, l'autre interdit : leurs enfants peuvent-ils, dans ce cas, invoquer le bénéfice que la loi leur accorde expressément lorsque leurs père et mère sont l'un et l'autre *décédés ?* A ne consulter que la lettre de la loi, la négative serait incontestable. Mais ici son esprit est si évident qu'il faut sans hésiter le faire prévaloir sur son texte. Nous

l'avons dit : si elle vient au secours des enfants lorsque leurs pères et mère sont décédés, c'est à cause de l'impossibilité où ils sont alors de découvrir le lieu de la célébration du mariage ; or, cette impossibilité existe également dans notre hypothèse : donc, etc. En prévoyant spécialement l'hypothèse du décès, la loi a simplement statué sur le *plerumque fit*. — Mais, bien entendu, si l'époux absent revient, ou si l'époux interdit recouvre la raison, la contestation de la légitimité des enfants pourra être utilement renouvelée (1).

2° Lorsque le mariage est affirmé par un enfant et nié par le survivant des prétendus époux, l'article 162 doit-il recevoir son application ? Précisons. L'un des prétendus époux est décédé ; un enfant se présente comme un enfant légitime, et réclame, en conséquence, le partage de la communauté qui, selon lui, a existé entre le prétendu époux décédé et le prétendu époux survivant ; celui-ci, niant le mariage, soutient qu'il n'y a pas eu de communauté : l'enfant peut-il, dans ce cas, invoquer contre lui le bénéfice de notre exception ?

Affirmative. — Notre exception a pour fondement l'impossibilité où peuvent se trouver les enfants de se procurer l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère. Or, dans l'espèce, cette impossibilité existe : car le survivant des deux époux, qui seul pourrait fournir les indications nécessaires pour découvrir l'acte qui donnerait gain de cause à son enfant, son adversaire, se gardera bien de les fournir, ce serait donner des armes contre lui ! Donc..., etc. (2).

Négative. — Il ne suffit pas, pour avoir droit au privilège que la loi a établi dans l'intérêt des enfants, qu'ils soient dans l'impossibilité de se procurer l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère ; il faut encore qu'ils aient la possession d'état d'*enfants légitimes*. Or, lorsque leur légitimité est contestée par le survivant des prétendus époux, cette contestation fait évanouir le commencement de possession d'état qui antérieurement avait pu se former à leur profit : car on ne peut pas admettre qu'un père ou une mère puisse, dans un sordide intérêt, réduire frauduleusement son enfant à l'état de bâtardise. Donc... etc. (3).

(1) Dem., t. I, n° 279 *bis*, III : Dur., t. II, n° 255 ; MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 73 (comp. *Cours de C. civ.*, t. I, p. 293 et 294) : Bug., à son cours : Bonnier, *Traité des preuves*, t. I, n° 198 ; Demol., t. I, n° 396 : Laurent, t. III, n° 10. — *Contrà*, MM. Aubry et Rau, t. V, § 452 *bis*, note 21.

(2) M. Dur., t. II, n° 254.

(3) Dem., t. I, p. 388 : Marc., sur l'art. 197 : MM. Val., *sur Proud.*, t. II, p. 73 ; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 294 : Demol., t. I, n° 397 ; Laurent, t. III, n° 9.

Terminons par une observation. La légitimité des enfants ne peut pas, lorsque les quatre conditions que nous venons d'étudier concourent, être contestée, " sous le *seul* prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage de leur père..." Donc elle peut l'être pour une autre cause que le défaut de représentation de l'acte de célébration. Ainsi, elle peut être utilement attaquée par le motif que le mariage de leur père est nul pour cause de bigamie, d'inceste ou d'impuberté... En d'autres termes, le concours des quatre conditions énumérées dans notre article supplée à l'acte de célébration et en tient lieu. Il ne prouve donc qu'une chose, à savoir que le mariage a été célébré ; mais le mariage est-il exempt de toute autre cause de nullité, par exemple, de bigamie ou d'inceste...? C'est une autre question, que notre article ne résout point, et qui, par conséquent, reste entière.

[[On pourra consulter sur l'application de l'article 162 la cause de *La compagnie de Prêt et de Dépôt du Canada & Chevalier* (16 R. L., p. 222 et M. L. R., 3 Q. B. p. 159), qui ne fait, au reste, qu'affirmer le principe de cet article. Je me dispense d'en citer le sommaire parce que ce n'est que la répétition des termes mêmes de l'article.

Section IV. — De la compétence en matière de demandes en nullité de mariage.

Sur cette question de compétence, je ne ferai que poser quelques principes. Je ne tenterai pas des développements, d'abord parce que ces principes sont bien établis et ensuite parce que toute amplification complète dépasserait les bornes d'un ouvrage élémentaire.

I. Devant quel tribunal doit-on porter les demandes en nullité de mariage ? — Il n'est aucun doute que, pour juger les demandes intentées en vertu de ce chef, le tribunal compétent ne soit la cour supérieure, qui est le tribunal de première instance où doit s'instruire tout procès qui n'est pas du ressort de la cour de circuit ou de la cour de l'amirauté (art. 28 C. P. C.). Il est clair que ces demandes ne tombent pas dans la juridiction de ces deux cours. Donc elles seront portées devant la cour supérieure, sauf appel. Cet appel pourra aller, au besoin, jusqu'au conseil privé, car il est manifeste que les droits futurs des parties sont en jeu (art. 1178 C. P. C.).

II. De l'étendue de la compétence du tribunal. — Une grave question, c'est celle de savoir si la compétence de la cour supérieure s'étend à toutes les fins de la demande en nullité de

mariage. Ainsi cette cour peut-elle prononcer la nullité du lien matrimonial, ou doit-elle se borner à déclarer que ce mariage ne peut produire des effets civils ? La réponse à cette question ne souffre aucun doute en France ; sous le code Napoléon, le tribunal séculier y est, de par la loi, tout puissant en la matière.

Heureusement, la question ne peut plus soulever de sérieuses difficultés en cette province. Notre droit matrimonial est basé sur le respect de toutes les croyances. Reconnaissant le caractère religieux et sacramentel du mariage, le législateur a voulu que ce mariage fût célébré suivant les rites observés par chaque église ; il a posé quelques empêchements d'ordre public, et qui du reste sont affirmés par le droit canon, et a laissé tous les autres empêchements, dont il reconnaissait l'existence légale, aux règles de chaque église particulière. (Voir les rapports des codificateurs, t. I, p. 174).

Dans notre droit, en effet, le mariage est un acte essentiellement religieux, personne autre qu'un ministre de la religion n'a le pouvoir de le célébrer, en dehors de l'intervention de l'autorité religieuse, il n'y a pas de mariage.

Lorsque le mariage a été célébré par l'autorité compétente, c'est-à-dire par l'autorité religieuse, le législateur séculier règle les effets civils de ce mariage, la légitimité des enfants, la capacité de la femme, l'obligation des époux de se porter assistance. Ces questions sont de sa compétence exclusive.

Mais si le législateur reconnaît l'existence d'empêchements qui ne relèvent que des lois de l'Église des parties, il doit pareillement reconnaître la compétence de l'autorité religieuse d'exécuter et d'interpréter ces lois. Du reste, quoi de plus naturel que de confier au pouvoir judiciaire de l'église qui décrète la loi qui peut entraîner la nullité du mariage, le soin de déterminer si cette loi s'applique et si elle peut produire son effet dans les circonstances particulières de chaque cause !

A tout événement, en ce qui concerne le mariage des catholiques, le principe est bien établi dans notre jurisprudence que l'autorité ecclésiastique seule peut prononcer la nullité du lien matrimonial. Ce principe a été affirmé par la cour d'appel, dans la cause de *Lussier & Archambault* (11 L. C. J., p. 53), et par la cour supérieure dans les causes de *Vaillancourt v. Lafontaine* (11 L. C. J., p. 305), *Bergevin v. Barrette* (4 R. L., p. 160) et de *Laramée v. Evans* (3 Thémis, p. 207 ; 25 L. C. J., p. 261 ; 3 L. N., p. 342 ; 5 L. N., p. 51). L'action est intentée devant la cour supérieure, on y fait la preuve des faits allégués,

ensuite la demande est référée à l'Ordinaire du diocèse qui prononce la validité ou l'invalidité du lien matrimonial. Quand ce lien est annulé, le dossier revient à la cour supérieure, et cette cour prononce la nullité du mariage pour les effets civils. Les conclusions, dans la cause de *Laramée v. Evans*, demandaient que le prétendu mariage fût déclaré nul comme ayant été invalidement, abusivement et clandestinement contracté, et sans effet civil, et qu'après la preuve des faits à faire devant la cour supérieure, la demande fût référée " à l'autorité ecclésiastique catho-" lique romaine du diocèse de Montréal, c'est-à-dire à l'Ordinaire " du lieu, pour être sur icelle demande, prononcé sur la valeur ou " le défaut de valeur du prétendu mariage quant au lien, et être " ensuite la sentence du dit Ordinaire rapportée devant cette cour " pour être ultérieurement, par la dite cour, prononcé sur la valeur " du dit prétendu mariage quant à ses effets civils."

Pour les protestants, comme ils admettent la compétence du tribunal séculier à prononcer la nullité du lien matrimonial, il est tout naturel que ce tribunal exerce une autorité qu'on lui reconnaît. Je puis ajouter, quoique la remarque soit probablement superflue, que ce n'est pas là faire une position exceptionnelle aux catholiques, mais c'est tout simplement respecter les croyances et les convictions de chaque église. Chez les catholiques, la doctrine que l'autorité ecclésiastique seule peut prononcer la nullité du sacrement, est enseignée sous peine d'anathème.

La loi civile respecte cette croyance, comme elle respecte la doctrine de ceux qui disent que l'État seul est compétent en la matière. Ce n'est pas de l'intolérance, c'est, au contraire, de la tolérance la plus absolue.

Remarquons, cependant, qu'il y a un tempérament à cette doctrine. D'Hericourt enseigne que " lorsqu'on traite la question " de la validité du mariage de personnes qui sont décédées, à " l'occasion de leur succession, de leur état ou de celui de leur " famille ; le lien qu'avait formé le sacrement étant rompu, l'affaire " devient séculière et ne peut être décidée que par le juge " laïque." Cela est évident, car, dans ce cas, il ne s'agit que de déclarer que le mariage n'a jamais pu produire des effets civils" (*a*).

III. De la procédure devant l'autorité ecclésiastique. — Il importe de dire un mot de la procédure suivie par l'autorité ecclésiastique en ces matières.

(*a*) Je n'ai pu faire plus que poser ces principes. Le lecteur trouvera des développements dans le *Commentaire sur le code civil* de feu le juge Loranger, t. II, pp. 545 et suivantes, dans le jugement du juge Jetté dans la cause de *Laramée v. Evans* et dans celui du juge Papineau dans la même cause, 3 Thémis, p. 265.

D'après la constitution *Dei miseratione* de Benoit XIV qui date de 1741, l'Ordinaire choisit parmi les clercs une personne de bonnes mœurs, reconnue pour sa probité et sa science légale dont l'office consiste à soutenir la validité du mariage. A raison de cette fonction, ce clerc est connu sous le nom de défenseur du mariage, *defensor matrimonii.* Son devoir est d'assister au procès et de soutenir de vive voix et par écrit la validité du mariage. Si le jugement déclare le mariage nul, le défenseur du mariage est tenu d'en appeler au degré suivant de la hiérarchie ecclésiastique, et cela malgré qu'aucune des parties n'ait interjeté appel de la sentence de l'Ordinaire. Sur cet appel qui, en ce pays, se fait de l'Ordinaire au Métropolitain, ce dernier nomme un défenseur du mariage qui soutient la validité de ce mariage devant la cour d'appel. Ce jugement étant confirmé, il est alors libre aux parties de contracter un nouveau mariage, à moins qu'on n'en appelle plus loin. Mais le mariage n'est censé annulé que s'il y a concours de deux jugements prononçant son invalidité. Cependant, s'il y a appel en dernier ressort au Saint Siège, ce dernier jugement fixera le sort du mariage.

Lorsque le premier jugement a déclaré le mariage valide et que ce jugement est infirmé sur appel, il est du devoir du défenseur d'appeler du second jugement. S'il ne le faisait pas, vû la contrariété de jugements, le mariage serait censé valable, car dans le doute *præsumptio stat pro valore matrimonii (a).*]]

CHAPITRE V. — Des obligations qui naissent du mariage.

Le mariage produit de nombreux effets. Je cite les plus importants :

1° *Entre les époux,* devoirs de fidélité et de secours réciproques, puissance maritale, incapacité de la femme, même habitation pour les époux, même domicile, même nationalité (art. 173 à 184, 83, 23), hypothèque légale de la femme sur les biens de son mari (art. 2029), droit réciproque de successibilité (art. 636) ;

2° *Entre les époux et les enfants,* légitimité des enfants issus du mariage (art. 218 et suiv.), légitimation des enfants naturels nés avant le mariage (art. 237), obligation pour les époux *d'élever* leurs enfants (art. 165), dette alimentaire et réci-

(a) Voir sur cette question de procédure, Loranger, t. II, pp. 561 et suivantes.

proque entre les père et mère et leurs enfants (art. 166 et 168), puissance paternelle (art. 242 et suiv.) ;

3° *Entre les époux et leurs ascendants*, cessation de la puissance paternelle, c'est-à-dire émancipation des époux mineurs (art. 314) ;

4° *Entre chacun des époux et les parents de l'autre,* alliance ; dette alimentaire et réciproque entre les gendres et belles-filles d'une part, et les beaux-pères et belles-mères d'autre part (art. 167) ; incapacité quant au mariage entre certains alliés (art. 124 et 125).

Notre chapitre, quoique fort général dans les termes de sa rubrique, est tout spécial ; il ne contient point, ainsi qu'on pourrait le croire, la théorie générale des effets du mariage. Cette théorie générale n'existe nulle part; les effets du mariage sont expliqués çà et là dans les différents titres du code. Le chapitre que nous étudions n'a trait qu'aux rapports des époux avec leurs ascendants, leurs descendants et quelques-uns de leurs alliés. Ces rapports eux-mêmes ne sont considérés qu'au point de vue de l'obligation dont sont tenus les père et mère de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, et de la dette alimentaire entre les ascendants et les descendants, entre les époux et quelques-uns de leurs alliés.

Remarquons même que cette obligation est plutôt, en ce qui touche les rapports des époux avec leurs ascendants et leurs descendants, un effet de la *paternité* et de la *filiation*, qu'un effet du *mariage*. Ce qui le prouve, c'est qu'elle existe entre tous ceux dont la paternité et la filiation sont légalement établies, aussi bien entre les père et mère et leurs enfants *naturels* qu'entre les époux et leurs enfants *légitimes* (1).

Obligation pour les époux de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

" Les époux *contractent* par le seul fait du mariage, l'obliga-
" tion de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (art. 165)." Ils doivent donc, non seulement les nourrir, les loger, soit chez eux, soit chez toute autre personne à laquelle ils les confient, mais encore les mettre en état, par une éducation convenable, de pourvoir eux-mêmes à leur subsistance.

Cette obligation est-elle *civile*, c'est-à-dire sanctionnée par une

(1) Aussi MM. Aubry et Rau en traitent-ils, non dans leur t. V, au titre *Du mariage*, mais dans leur t. VI, au titre *De la filiation.*

action, ou purement *morale!* Suivant l'opinion générale, on résout la question par une distinction.

L'obligation de *nourrir* et d'*entretenir* nos enfants est *civilement* obligatoire : les père et mère qui manquent de l'accomplir peuvent y être contraints.

L'obligation de les *élever*, c'est-à-dire de les mettre à même de gagner leur subsistance, soit en les faisant instruire dans les arts ou les lettres, soit en leur faisant apprendre un métier, n'est qu'un pur *devoir de morale :* sa sanction est dans la conscience des pères et mères.

Cette distinction ne me semble point logique. Ce qui est vrai de la *nourriture* et de l'*entretien* de l'enfant doit l'être également de son *éducation :* la loi, en effet, n'établit point deux obligations ayant chacune des caractères particuliers, l'une toute à la fois *naturelle et civile*, l'autre *purement naturelle ou morale :* une seule existe, comprenant ensemble la *nourriture*, l'*entretien* et l'*éducation*. Si donc cette obligation est *civile* quant à l'un de ses termes, elle l'est nécessairement pour tous, puisque la loi ne distingue pas.

Et, d'ailleurs, toute obligation reconnue et consacrée par la loi est, sauf disposition contraire et formelle, *civilement obligatoire ;* et toute obligation *civile* engendre une *action*.

L'action née du *devoir d'éducation* appartient :

1° A chacun des époux contre l'autre : car, par le fait seul de leur mariage, ils ont contracté *ensemble*, c'est-à-dire l'un envers l'autre, l'obligation mutuelle de *nourrir*, *entretenir* et *élever* leurs enfants *(a)*. Ainsi, lorsqu'un père, assez riche pour donner à ses enfants une éducation raisonnable, les abandonne ou ne leur fait donner qu'une éducation dérisoire, la mère peut l'appeler devant les tribunaux et exiger de lui, par la voie que la justice détermine, l'accomplissemont de son devoir ;

2° Aux enfants eux-mêmes. Mais, comme ils sont mineurs, leur action sera exercée [[par leur tuteur]] (1).

---

(1) Dem., t. I, p. 405 : M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 309 ; M. Demol., t. II, n° 9. — *Contrà*, Marc., sur l'art. 385.

(*a*) L'article 203 du code Napoléon contient ce mot "ensemble" qui est omis par notre code. On pourrait, ce me semble, même en l'absence de ce mot, faire la même argumentation, car si les époux contractent cette obligation, ils la contractent vis-à-vis de tout intéressé. Or, ne pourrait-on pas dire, si l'on adopte le sentiment de Mourlon, que l'autre époux est un intéressé ? Il faut remarquer, cependant, que M. Baudry-Lacantinerie, (n° 584), conteste cette solution qui accorde l'action au conjoint.

[[Quant au devoir des père et mère d'*élever* leurs enfants, c'est-à-dire de les faire *instruire*, nous trouvons, dans notre jurisprudence, un arrêt rendu dans une cause de *Boileau v. Seers* (M. L. R., 1 S. C., p. 239), où l'on a jugé que le père est tenu en loi à l'entretien et à l'éducation de son enfant et que ni lui ni ses représentants ne peuvent opposer les dépenses faites pour ces objets en compensation à une dette légitimement due à l'enfant. Dans l'espèce, le représentant du père de l'enfant opposait en compensation, à une créance due à ce dernier, une somme de six cents piastres dépensée par le père pour l'instruction de son enfant au collège et à l'université, où il avait étudié la médecine et obtenu le titre de docteur.

Je rapporterai plus loin, en parlant de la dette alimentaire, les décisions qui s'appliquent plus particulièrement à l'obligation que les époux contractent par le mariage de *nourrir* et *entretenir* leurs enfants.]]

De la dette alimentaire.

La dette alimentaire a ceci de particulier qu'elle existe toujours *avec réciprocité*, en sorte que toute personne qui, à raison de la parenté ou de l'alliance, a *droit* à des aliments, est elle-même, quand il y a lieu, obligée d'en fournir à son débiteur. D'où l'on peut dire que celui-là *doit* des aliments qui a *le droit* d'en exiger (art. 168, 166 et 167 combinés).

Ce principe de réciprocité me paraît toutefois souffrir une exception. Je la signalerai tout à l'heure (voy., p. 485).

I. Entre quelles personnes existe la dette alimentaire. — Elle existe :

1° Entre ascendants et descendants ;

2° Entre alliés à titre d'ascendants et de descendants (1), à quelque degré que ce soit.

Elle n'existe point entre parents ou alliés *collatéraux*. Le frère lui-même, si absolue que soit sa misère, ne peut rien exiger de son frère, si riche qu'il soit.

Ainsi, les aliments sont dus :

1° *Par les ascendants*, père, mère, aïeuls ou bisaïeuls..., *à leurs descendants*, fils, petits-fils ou arrière-petits-fils (art. 166 et 168).

La *dette alimentaire* ne doit pas être confondue avec l'obli-

(1) Voy. cependant, ci-dessous, p. 483.

gation *de nourrir, entretenir et élever nos enfants.* Celle-ci commence à la naissance de l'enfant, et ne cesse que lorsque les père et mère, l'ayant fait homme, l'ont ainsi mis en état, par l'éducation physique ou morale qu'ils lui ont donnée, de gagner lui-même honorablement sa subsistance. Pendant ce temps, ils ont dû le tenir chez eux ou chez toute autre personne à leurs frais, soigner son corps, prendre soin de sa santé, et enfin lui donner ou faire donner une éducation convenable et proportionnée à leur fortune. Ce devoir rempli, alors commence pour eux un devoir d'une autre nature, c'est-à-dire l'obligation, lorsque, par suite de quelque maladie ou de toute autre cause, leur enfant, devenu homme, se trouve dans le besoin et hors d'état de pourvoir à sa subsistance, de lui venir en aide, soit en le recevant chez eux, soit en lui fournissant une pension en argent.

Entre ces deux obligations, la différence est marquée. La première, que j'appellerai *devoir d'éducation*, a pour objet, non pas une *somme d'argent*, mais des *soins* à donner. Les père et mère sont tenus de s'occuper de la personne de leur enfant, tant qu'il n'est point fait homme : ils doivent l'avoir avec eux ou chez une autre personne qui les représente ; ils doivent *l'élever*, en un mot. — La seconde, au contraire, a pour objet, non pas des *soins*, mais simplement *une somme d'argent*. Lorsqu'en effet les père et mère ont élevé leur enfant, ils ne lui doivent plus que des secours *pécuniaires*, au cas où quelque maladie ou toute autre cause l'a mis dans l'impossibilité de travailler. Ils ne sont pas tenus alors de l'avoir avec eux, de s'occuper de sa personne, de panser ou de faire panser ses plaies s'il est malade... Dès qu'ils lui payent la somme dont il a besoin pour vivre, ils sont pleinement quittes envers lui.

Cette distinction a son importance doctrinale. Les règles qui régissent ces deux obligations diffèrent, en effet, sous trois rapports :

Première différence. — L'obligation que j'ai appelée *devoir d'éducation*, celle, en un mot, qui a pour objet les soins à donner à la personne, ne comporte point le principe de *réciprocité* que comporte la dette alimentaire. Ainsi, les enfants doivent à leurs père et mère, quand il y a lieu, des aliments, c'est-à-dire des *secours pécuniaires* ; ils ne leur doivent jamais de *soins*. Les enfants ne sont, en aucun cas, tenus d'avoir avec eux leurs père et mère et de soigner leur personne.

Seconde différence. — Les alliés ne se doivent point de soins : la *dette alimentaire*, au contraire, existe à l'égard de quelques-uns d'entre eux.

Troisième différence. — Lorsque l'un des époux est décédé, le survivant seul doit des soins à ses enfants ; la dette alimentaire, au contraire, est, dans ce cas, supportée concurremment par l'époux survivant et par les ascendants de l'autre ligne (1).

[[Il convient maintenant de rapporter les arrêts de notre jurisprudence sur cette dette alimentaire dont les père et mère, et nous pouvons ajouter, les autres ascendants, sont débiteurs vis-à-vis de leurs enfants ou descendants plus éloignés, car les obligations alimentaires, nous dit l'article 166, sont réciproques.

Ainsi, dans la cause de *Veillette v. Lebœuf* (6 R. L., p. 25), on a jugé que le père n'est pas tenu de payer la pension de son fils mineur qui apprend un métier, lorsque les gages de ce dernier sont suffisants pour payer cette pension. Il y a un arrêt semblable dans la cause de *Anctil v. Martin* (10 L. N., p. 297), la portée de cet arrêt étant que le père a le droit d'exiger que les revenus personnels de ses enfants mineurs satisfassent à leurs dépenses d'entretien, de nourriture et d'éducation ou, en d'autres termes, que le père n'est pas obligé d'encourir ces dépenses sur ses biens personnels si ses enfants ont des revenus. Un troisième arrêt (*Greenshields v. Duhamel*, 11 L. N., p. 250) fait également voir quelles sont les limites de l'obligation du père de nourrir et entretenir son enfant, en jugeant qu'un marchand qui vend des habits à un mineur, sans l'ordre du père de ce mineur, ne peut en réclamer le prix de ce dernier qu'à la condition de prouver que les habits en question étaient nécessaires, et que le mineur n'avait pas les moyens de se les procurer lui-même. Les tribunaux ont aussi, dans la cause de *The corporation of the township of Ancienne Lorette v. Voyer* (14 Q. L. R., p. 337), libéré une mère, qui pouvait à peine pourvoir à sa subsistance, de l'obligation de payer à la corporation de la paroisse où elle était domiciliée, la pension de son enfant mineur détenu dans une asile d'aliénés.

D'un autre côté, l'on a jugé, dans la cause de *Cousins v. Bouchard* (15 R. L., p. 578), que le père peut, suivant les circonstances, être condamné à payer à un tiers la pension fournie par ce dernier à ses enfants, qui ont laissé le toit paternel à cause de difficultés survenues entre eux et leurs parents, et qui y sont retournés ensuite ; et, dans la cause de *Picard v. Poitras* (17 R. L., p. 355), on a décidé que le père dont le fils mineur, âgé de vingt ans, a laissé volontairement le toit paternel, peut être forcé

(1) Marc., sur l'art. 203 C. N. ; MM. Demol., t. II, n° 37 : Aubry et Rau, t. VI, § 553, note 17.

de payer à un tiers des choses nécessaires que ce tiers a fourni au fils, lorsque ce dernier n'a pas eu le temps de gagner suffisamment pour se les procurer lui-même.]]

2° *Par les descendants*, fils et petit-fils ou arrière-petit-fils..., *à leurs ascendants*, père, mère, aïeuls ou bisaïeuls.

En effet l'article 166 se lit comme suit :

166. — [[" Les enfants doivent des aliments à leurs père et " autres ascendants qui sont dans le besoin."]]

3° *Par les gendres et belles-filles à leurs beaux-pères et belles-mères, et, réciproquement, par les beaux-pères et belles-mères à leurs gendres et belles-filles.* — [[L'article 167 dit que " les gendres et belles-filles doivent également et dans les mêmes " circonstances des aliments à leur beau-père et belle-mère ; mais " cette obligation cesse :

" 1° Lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces ;

" 2° Lorsque celui des deux époux qui produisait l'affinité et " les enfants de son union avec l'autre époux sont décédés."

L'article 168 ajoute que " les obligations résultant de ces " dispositions sont réciproques."]]

Les mots *beau-père*, *belle-mère*, *belle-fille*, ont dans la langue du droit un sens double qu'il importe ici de noter. Ainsi, mon *beau-père*, c'est : 1° le père de ma femme ; 2° le second mari de ma mère (les anciens l'appelaient *parâtre*). Ma *belle-mère*, c'est : 1° la mère de ma femme ; 2° la seconde femme de mon père (on l'appelait autrefois *marâtre*). Ma *belle-fille*, c'est : 1° la femme de mon fils ou ma *bru ;* 2° la fille que ma femme a eue d'un premier mariage.

Ce double sens pourrait faire croire que les aliments sont dus, non seulement au beau-père et à la belle-mère proprement dits, mais encore au *parâtre* et à la *marâtre*. Mais le mot *gendre*, qu'emploie le même article 167, et dont le sens est parfaitement déterminé, précise le rapport d'alliance que la loi a ici en vue. Ce rapport est celui qui existe entre chacun des époux et les ascendants de l'autre. Ainsi, je dois des aliments aux père et mère de ma femme (mon beau-père et ma belle-mère proprement dits), car je suis leur *gendre*. Mais, et par la raison inverse, je n'en dois ni à la seconde femme de mon père (ma *marâtre*), ni au second mari de ma mère (mon *parâtre*). De même, j'en dois fournir et au mari de ma fille (mon gendre) et à la femme de mon fils (ma bru) ; je n'en dois pas, au contraire, à ma belle-fille ou à mon beau-fils, c'est-à-dire à la fille ou au fils que ma femme a eus d'un premier mariage.

Quoique la loi ne parle que des beaux-pères et belles-mères, on admet généralement que chacun des époux doit des aliments, non seulement aux *père* et *mère* de l'autre, mais encore à ses autres *ascendants ;* et, réciproquement, que les aliments sont dus, non seulement par les père et mère au conjoint de leur enfants, mais encore par les autres ascendants au conjoint de leur petit-fils ou de leur arrière-petit-enfant. L'esprit de la loi est d'assimiler, en ce qui touche les aliments, les alliés à titre d'ascendants et de descendants aux ascendants et descendants eux-mêmes (1).

[[Une espèce très intéressante vient d'être jugée par la cour supérieure à Montréal, dans une cause de *Barnes v. Brown*, par un arrêt du 15 décembre 1894 qui n'a pas encore été rapporté. Une jeune femme, mariée dans l'Etat de New-York, était venue à Montréal avec son mari, un citoyen de cet Etat. Après un séjour de quelque temps à Montréal, la femme fût délaissée par son mari. Se trouvant dans le besoin, elle intenta une action pour pension alimentaire contre son beau-père, lequel demeurait également dans l'état de New-York, mais l'action fut signifiée au défendeur à Montréal, durant un voyage qu'il y avait fait. Il fut prouvé que, d'après les lois de l'État de New-York, domicile du défendeur, une bru ne pouvait réclamer une pension alimentaire à son beau-père. La demanderesse, s'appuyant sur les termes de l'article 6, § 3, qui dit que " les lois du Bas-Canada " relatives aux personnes sont applicables à tous ceux qui s'y " trouvent, même à ceux qui n'y sont pas domiciliées," soutenait que la loi qui oblige un beau-père de payer une pension alimentaire à sa bru est une loi relative aux personnes ; elle invoquait également le fait que le défendeur avait des biens dans la province. Le juge Doherty fut appelé à décider la question même, objet du litige, sur une requête de la demanderesse pour une pension alimentaire durant l'instance. Il renvoya la requête de la demanderesse pour le motif que si la présence du défendeur dans les limites de la province le soumettait à l'obli-

(1) Dem., t. I, p. 408 ; Dur., t. II, n° 406 ; Bug., à son cours : MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 446 : *Cours de C. civ.*, t. I, p. 316 ; Demol., t. II, n° 25 ; Aubry et Rau, t. VI, § 553, note 5. [[Remarquons, cependant, que M. Baudry-Lacantinerie (n° 592) conteste cette solution. Il dit que tout est de droit étroit en cette matière et que l'on doit s'en tenir aux termes de la loi qui ne parle que des gendres et brus, beaux-pères et belles-mères. Voir ce que dit de cette question Laurent, t. III, n° 59. Les partisans de la doctrine exprimée dans le texte se basent sur la discussion faite lors de la préparation du code Napoléon.]]

gation de payer une pension alimentaire à sa bru, cette obligation ne saurait subsister que tant que le défendeur se trouverait en cette province. Je puis ajouter que MM. Aubry et Rau, t. Ier, § 31, I, parlant des lois de police et de sûreté qui obligent tous ceux qui habitent le territoire, enseignent qu'un étranger peut, en vertu de la loi française, être condamné en France à fournir des aliments à des parents ou alliés auxquels il n'en devrait pas d'après les lois de son pays. On trouvera une intéressante discussion de cette question dans les *Pandectes françaises*, v° *Aliments*, nos 790-803.]]

Entre alliés, la dette alimentaire cesse dans deux cas :

1° " *Lorsque la belle-mère convole en secondes noces.*" Ainsi, lorsque la mère de ma femme se remarie, quoique ma femme, en sa qualité de fille, soit encore tenue de lui fournir des aliments, moi, son gendre, je ne lui en dois plus. Il n'en est pas de même à l'égard du beau-père : quoiqu'il convole en secondes noces, sa créance d'aliments reste intacte.

On a essayé de justifier cette différence, par cette considération que la belle-mère qui se remarie passe dans une autre famille, dont elle prend le nom, et qui, par conséquent, doit la nourrir, tandis que le beau-père qui prend une seconde femme reste avec son nom dans sa propre famille.

Cette raison est peu concluante. Que la belle-mère remariée soit obligée de s'adresser, lorsqu'elle est dans le besoin, à son nouveau mari ou aux ascendants de ce dernier, plutôt qu'à son gendre ou à sa bru, je le conçois; mais, si son mari, si ses nouveaux alliés, sont impuissants à la secourir, est-il juste que son gendre ou sa bru soit, dans ce cas, affranchi de tout devoir envers elle ? Cela n'est point démontré !

Peut-être notre différence tient-elle à ce que la loi voit d'un mauvais œil les secondes noces des veuves, tandis qu'elle voit avec moins de défaveur l'homme qui passe à de nouveaux liens *(a)*.

La belle-mère qui se remarie perd sa *créance* d'aliments ; mais est-elle alors libérée de sa *dette* alimentaire ? L'affirmative ne paraît point douteuse, lorsqu'on s'attache rigoureusement *au principe de réciprocité* qui régit la matière (1). Mais on fait remarquer que la libération de la belle-mère serait directement contraire au but que la loi s'est proposé. En lui retirant sa *créance* d'ali-

(1) Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 317 ; M. Demol., t. II, nos 29 et 30.

(a) On peut dire cela en France, où il y a des dispositions spéciales quant à la veuve qui se remarie (art. 228, 285, 395, 396 C. N.). Ces dispositions n'ont pas été reproduites par notre droit.

ments au cas où elle se remarie, la loi a voulu faire obstacle aux secondes noces des veuves *(a)*; or, si le second mariage de la belle-mère devait également la libérer de la *dette* dont elle est tenue envers son gendre ou sa bru, la considération de cette libération pourrait la déterminer à le conclure. Il faut donc, pour entrer dans l'esprit de la loi, décider que la belle-mère qui se remarie perd son *droit*, tout en restant *obligée* aux aliments ; c'est une exception au principe de réciprocité (1).

La loi n'a pas attaché au second mariage de la *bru* la déchéance qu'elle attache aux secondes noces de la *belle-mère* ; or, ce serait aller trop loin, ce serait faire la loi, que de vouloir, par analogie, assimiler les deux cas. D'ailleurs, l'analogie n'est point parfaite : la belle-mère est ordinairement très âgée, tandis que la bru peut être jeune encore : la loi a pu, par conséquent, voir plus défavorablement le second mariage de la belle-mère que le second mariage de la bru (2).

2° " *Lorsque celui des époux qui produisait l'alliance et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés.*" — Le mariage crée l'alliance et avec elle la dette alimentaire. La mort de l'un des époux les fait cesser l'une et l'autre, en dissolvant le mariage. Toutefois, si des enfants nés de ce mariage aujourd'hui dissous sont encore existants, leur présence perpétue l'alliance et avec elle la dette alimentaire.

Le décès de l'un des conjoints et des enfants issus du mariage, à la différence du second mariage de la belle-mère qui laisse subsister contre elle la dette alimentaire, l'éteint ici d'une manière absolue, *erga omnes*. Ainsi, lorsque ma femme est décédée sans enfants, ou lorsque ses enfants sont décédés après elle, je ne dois plus d'aliments à mon beau-père ni à ma belle-mère, et, réciproquement, je n'ai plus le droit d'en exiger d'eux. Là où il n'y a plus d'alliance, il ne peut y avoir ni *dette* ni *créance* d'aliments.

[[Je rapporterai ici quelques décisions de nos tribunaux quant aux personnes qui doivent ou qui peuvent réclamer la dette alimentaire.

Il y a d'abord deux arrêts *(Lafon v. Lafon*, 6 L. N., p., 84 et

---

(1) Dur., t. II, n° 420 ; Marc., sur les art. 204 à 207, n° 1 ; MM. Aubry et Rau, t. V, § 553, note 6 ; Laurent, t. III, n° 76.

(2) Voy., en ce sens, M. Laurent, t. III, n° 77. — *Contrà :* Dur., t. II, n° 421 ; Marc., sur les art. 204 à 207, n° 2 ; MM. Demol., t. II, n° 28 ; Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 317 ; Aubry et Rau, t. VI, § 553, p. 100, note 7.

(*a*) Cela ne me paraît pas prouvé dans notre droit moderne.

Arless v. Arless, M. L. R., 3 S. C., p. 43) qui déclarent que la mauvaise conduite d'un père ne le prive pas du droit de réclamer des aliments à ses enfants.

Dans une cause de *Bernard v. Bernier* (9 L. N., p. 182), il a été jugé que la femme qui ne fait pas voir que son mari qui vit encore ne peut la faire vivre, n'est pas recevable à réclamer une pension viagère à ses enfants.

Dans la cause de *Mallette v. Latulippe*, (12 L. N., p. 97), on a décidé que la dette alimentaire ne peut être réclamée de la belle-fille après le décès de son mari, sans enfants, alors même que cette dette avait pris naissance et avait été reglée par contrat du vivant du mari.

La cour d'appel a jugé, dans le cas des alliés, que le gendre peut être poursuivi par sa belle-mère pour une pension alimentaire, sans que sa femme, qui produit l'affinité, soit en cause: *Turnbull & Brown* (M. L. R., 6 Q. B., p. 435).]]

II. De l'ordre à suivre entre les personnes qui sont tenues de la dette alimentaire. — La loi a énuméré les personnes auxquelles elle impose la dette alimentaire; mais elle n'indique point l'ordre suivant lequel chacune de ces personnes pourra être poursuivie. Il ne se peut pas cependant qu'elles soient obligées *simultanément*. C'est un point que tout le monde reconnaît. Ainsi, elles ne sont tenues que *successivement*, les unes à défaut des autres. Mais quel ordre faut-il suivre ? quel rang assigner à chacune d'elles ?

Il est universellement admis que les *alliés* ne peuvent être recherchés qu'à défaut de *parents*. Mais entre les parents quel sera l'ordre à suivre ? Dans quel ordre, à défaut de parents, les alliés seront-ils tenus ?

Suivant l'opinion commune, il faut, pour déterminer le rang d'après lequel les descendants et les ascendants sont tenus de la dette alimentaire, considérer *l'ordre de la succession que la loi a établi entre eux :* car il est juste que ceux qui ont l'espoir de la succession aient la charge des aliments : *ubi est successionis emolumentum, ibi et onus alimentorum esse debet.*

Quant aux alliés entre eux, le même ordre devra être suivi, puisque l'alliance imite la parenté.

Ainsi, lorsqu'une personne est dans le besoin, elle doit s'adresser :

1° A ses enfants, si elle en a ;

2° A défaut d'enfants, c'est-à-dire si elle n'en a pas, ou si ceux qu'elle a sont impuissants à la secourir, à ses ascendants ;

3° A défaut d'ascendants, à ses alliés en ligne descendante, c'est-à-dire à ses gendres ou à ses brus ;

4° A défaut d'alliés en ligne descendante, à ses alliés en ligne ascendante, c'est-à-dire à ses beau-père et belle-mère.

Si elle a tout à la fois un fils vivant, et les enfants d'un autre fils prédécédé, elle doit s'adresser pour une moitié à son fils vivant et pour l'autre moitié à ses petits-enfants : car c'est dans cette proportion qu'ils sont appelés à lui succéder un jour.

Enfin, à défaut d'enfants, si son père est encore vivant, tandis que sa mère est prédécédée, ou réciproquement, la dette alimentaire doit être supportée pour moitié par son père ou sa mère survivante, et pour l'autre moitié par les ascendants de son père ou de sa mère prédécédée : car c'est concurremment et dans cette proportion qu'ils sont [[en France]] ses héritiers présomptifs. — Ces espèces suffisent pour mettre le principe en lumière (1) *(a)*.

---

(1) Dur., t. II, n° 389 ; Zach., t. III, p. 692 et suiv.; Marc., t. I, p. 568 ; MM. Demol., t. II, n° 35 ; Aubry et Rau, t. VI, § 553-2°.

Ce système, quoique fort ingénieux, ne me séduit point. Le principe *ubi est successionis emolumentum ibi et onus alimentorum esse debet* est purement arbitraire. Outre qu'il n'est écrit nulle part, il est, sur plusieurs points, directement contraire aux dispositions de la loi. Ainsi, par exemple, lorsque la personne qui est dans le besoin a un frère et des ascendants autres que ses père et mère, les aliments lui sont dus *exclusivement* par ses ascendants, quoiqu'ils ne soient pas appelés à lui succéder : son frère, *son héritier présomptif*, ne lui doit aucun secours ! — Bien plus ! le conjoint est le *dernier* appelé à la succession de son conjoint, tandis qu'il est le *premier* obligé de lui fournir des aliments.

Il se peut même que la dette alimentaire existe là où le droit de successibilité est sévèrement prohibé. Ainsi, les père et mère, qui ne succèdent jamais à leurs enfants adultérins ou incestueux, leur doivent pourtant des aliments.

Il n'y a donc aucune corrélation possible entre l'ordre légal des successions et l'ordre à suivre dans la dette alimentaire. Ces deux matières se rattachent à des considérations d'un ordre différent. La première appartient à l'ordre politique, la seconde à l'ordre purement moral. Quelle raison dès lors peut-il y avoir de raisonner par analogie de l'une à l'autre ?

La loi, n'ayant point fixé d'ordre à suivre en notre matière, s'en rapporte par cela même à l'appréciation des juges, qui décideront d'après l'équité, conformément au principe doctrinal de l'art. 11. Ainsi, ils peuvent faire prévaloir sur le principe *ubi est emolumentum successionis*... les considérations tirées de la fortune, ou des rapports existant entre la personne qui est dans le besoin et ses parents ou ses alliés. — " De ce que la loi ne prescrit pas d'ordre successif, dit M. Laurent (t. III, n° 65), de ce qu'on ne peut pas se prévaloir de l'ordre héréditaire, il suit que tous ceux qui doivent les aliments en sont tenus à titre égal. C'est le tribunal qui décidera qui, parmi tous ceux qui doivent les aliments, doit supporter cette charge : il se décidera en tenant compte de la fortune des débiteurs." — Voy. aussi Dem., t. I. p. 411, n8 290 [[et M. Baudry-Lacantinerie, n° 597.]]

(*a*) Voir, cependant, notre jurispreudence sur l'indivisibilité de la la dette alimentaire, *infra*, p. 493.

[[Dans la cause de *Reece v. Mongeau* (5 L. N., p. 373), le juge Torrance a décidé que lorsqu'il y a des enfants et des petits-enfants, ces derniers doivent la pension conjointement avec les enfants et cela malgré que les enfants puissent fournir la pension demandée eux-mêmes.]]

III. Dans quels cas les aliments sont-ils dus ? — Quel en est le quantum? — Pour que les aliments soient dus, deux choses sont requises, il faut : 1° que celui qui les demande soit dans le besoin et hors d'état de pouvoir, par son travail et son industrie, se procurer les aliments nécessaires ; 2° que la personne à laquelle on les demande soit en état de les fournir.

Lorsque ces deux conditions concourent, la demande d'aliments doit nécessairement être admise. Il n'y a pas à distinguer si le besoin dans lequel se trouve le demandeur, si l'impossibilité où il est de pourvoir, par son travail, à sa subsistance, proviennent d'un cas fortuit ou de sa faute ; quels que soient ses torts envers ceux que la loi désigne pour lui venir en aide, il doit être secouru (1). Il doit l'être alors même qu'il a dissipé, par son inconduite, l'argent ou la dot que sa famille lui avait donné pour s'établir. Son état présent d'indigence est suffisant pour fonder sa demande *(a)*. — Mais, bien entendu, elle ne devrait pas être admise, si sa misère provenait de son obstination à ne rien faire, alors qu'il est en état de travailler. La loi n'a pu accorder une prime à la paresse.

Quant au *quantum* des aliments qui doivent être fournis, il faut aussi, pour le déterminer, considérer deux choses : 1° *l'étendue du besoin de celui qui les réclame*, eu égard à sa qualité, à l'état, au rang qu'il a eu dans le monde ; 2° *la fortune de celui qui les doit*. [[L'article 169, en effet, se lit comme suit :

169. — " Les aliments ne sont accordés que dans la proportion " des besoins de celui qui les réclame, et de la fortune de celui " qui les doit."]]

---

(1) Toutefois, il est généralement admis que la dette alimentaire cesse lorsque le créancier s'est rendu coupable envers le débiteur d'un fait criminel, à raison duquel il est exclu de sa succession (art. 610). On peut, en effet, soutenir que la loi brise, dans ce cas, le lien de parenté, puisqu'elle fait cesser le droit le plus important qui en découle, le droit à la succession. Toull., t. II, n° 614 ; Dur., t. II, nos 385 et 418 ; Marc., sur l'art. 211 ; MM. Aubry et Rau, t. VI, § 553, note 28, [[aussi M. Baudry-Lacantinerie, n° 607]]. — Mais *contrà* M. Demol., t. II, n° 51.

(*a*) Voyez, dans ce sens, les causes de *Lafon v. Lafon* et de *Arless v. Arless* citées ci-dessus, pp. 486, 487.

Mais rien n'est définitif en cette matière : car les éléments qui servent à fixer le chiffre des aliments, c'est-à-dire le *besoin* du créancier et la *fortune* du débiteur, sont de leur nature variables au gré des événements. — De là la règle suivante : " Lorsque " [[celui qui fournit ou qui reçoit]] des aliments est replacé dans " un tel état que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre " n'en ait plus besoin, *en tout ou en partie*, la décharge ou " réduction peut en être demandée " (art. 170).

— De même et par anologie, il doivent être augmentés lorsque le besoin du créancier est devenu plus grand, ou que la fortune du débiteur a reçu une plus grande extension.

[[Cependant, la cour d'appel a jugé, dans la cause de *Coulombe & Nadeau* (19 R. L., p. 375), que celui à qui des aliments sont dus, et qui, après une poursuite pour les obtenir, transige avec son débiteur et accepte de lui une rente annuelle déterminée, ne pourra ensuite poursuivre ce débiteur pour obtenir de lui un plus fort montant, s'il n'établit pas que sa position a changé et que ses besoins ont augmenté depuis la date de la transaction.

Dans une cause encore plus récente, *Whelan v. Whelan* (R. J. Q., 3 C. S., p. 442), le juge Mathieu a décidé que les aliments ne sont dus que lorsqu'ils sont demandés pour pourvoir aux besoins présents et futurs de celui qui a le droit de les réclamer, et que la personne qui a droit à des aliments et qui a vécu un certain temps sans les réclamer, ne peut en exiger que pour l'avenir et non pour le passé.]]

IV. Comment on acquitte la dette alimentaire. — En principe, la dette d'aliments s'acquitte au moyen *d'une pension en argent* : car celui qui les doit *n'est point tenu* de recevoir chez lui, à son foyer et à sa table, celui qui a le droit de les exiger.

[[L'article 171 dit que " si la personne qui doit fournir des " aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, " le tribunal peut ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, " qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle doit des " aliments."]]

Mais, s'il offre de le recevoir, son offre *doit-elle* être acceptée ? Le créancier peut-il la refuser et exiger une pension en argent ? La loi résout cette question par une distinction.

L'offre est-elle faite, soit par un enfant à son père ou à sa mère, soit par un gendre ou une bru à son beau-père ou à sa belle-mère : le créancier n'est tenu de l'accepter qu'*autant que celui qui la fait justifie qu'il lui est impossible de payer une pension en argent.* — Mais, dira-t-on, quel intérêt le débiteur a-t-il à rece-

voir son créancier dans sa maison plutôt que de lui payer une somme d'argent ? Ne sera-t-il pas obligé alors à plus de dépenses ? On répond à cette objection par ce dicton populaire : " Quand, dans un ménage, il y a pour trois, il y a pour quatre. " C'est qu'en effet, la présence d'une personne de plus dans une maison montée n'apporte aux frais du ménage qu'une augmentation peu sensible. On ne fait pas plus de feu pour quatre personnes que pour trois, tandis que, s'il fallait diviser les deux ménages, faire deux feux et deux tables, les dépenses étant alors doublées, le créancier et le débiteur souffriraient l'un et l'autre de cette séparation. Au lieu de vivre tant bien que mal eux deux réunis, ils seraient, séparément, réduits à la misère.

L'offre est-elle faite par un *père* ou une *mère* à son enfant : elle *doit* être acceptée *dans tous les cas.*

[[En effet, l'article 172 dit que " le tribunal prononcera également si le père ou la mère qui, quoique capable, offre de recevoir, nourrir et entretenir l'enfant à qui il doit les aliments, " doit, dans ce cas, être dispensé de payer la pension alimentaire." Les mots " quoique capable " sont omis dans l'article 211 du code Napoléon qui correspond à notre article 172, mais ils ne font que rendre plus évidente la distinction que la loi fait entre le père ou la mère qui offre de recevoir son enfant et les autres débiteurs de la pension alimentaire.]]

Cette distinction est fort sage. Il n'est pas naturel qu'un père ou une mère soit obligé de rester dans la maison de son enfant, sous son autorité, et dans un état de dépendance propre à blesser sa dignité ; l'impossibilité de faire autrement peut seule justifier et légitimer cette humiliation. L'enfant reçu dans la maison de son père est, au contraire, à sa place. Il n'a donc, du moins en principe, aucun motif légitime pour refuser d'aller chez lui. — Toutefois, si, par exception, la séparation était utile, nécessaire même, les juges pourraient, en l'autorisant, permettre à l'enfant de réclamer une pension en argent.

[[Nous trouvons dans les rapports quelques arrêts sur cette matière. Dans la cause de *Bachand & Bachand* (28 L. C. J., p. 155), la cour d'appel a jugé que, lorsque la pension est demandée par ou pour le mari seul, la cour ne peut refuser aux enfants le privilège discrétionnaire de recevoir chez eux leur père, parce que ce dernier est marié en secondes noces. Dans la cause de *Labranche v. Labranche* (6 L. N., p. 60), le tribunal a douté de son pouvoir d'ordonner à un père marié en troisièmes noces d'aller demeurer avec ses enfants et ces derniers furent condamnés à

payer une pension. Enfin, dans la cause de *Mulligan v. Patterson* (M. L. R., 6 S. C., p. 29), on a jugé que lorsqu'il existe un désaccord et une incompatibilité de caractère entre une belle-mère et sa bru, l'offre de la belle-mère de recevoir chez elle la bru ne sera pas acceptée et elle sera condamnée à payer une pension alimentaire.]]

V. De la nature de la dette alimentaire. — Quelques personnes ont, dans le principe, soutenu qu'elle était *solidaire;* d'autres, qu'elle était *indivisible.* Aujourd'hui, on convient généralement qu'elle n'est :

Ni *solidaire:* car la *solidarité,* lorsqu'elle n'est point stipulée par les parties, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi (art. 1105), et, dans l'espèce, cette disposition expresse de la loi n'existe point.

Ni *indivisible;* et, en effet, la dette indivisible est celle qui n'est point susceptible *d'exécution partielle;* or, la dette alimentaire, ayant pour objet une somme d'argent ou des aliments à fournir en nature, peut très bien s'exécuter par partie : rien n'y fait obstacle.

Mais, dira-t-on, l'obligation de *faire vivre* est de sa nature indivisible, car on ne peut pas faire subsister quelqu'un *à demi.*

Cet argument n'est qu'un pur jeu de mots. Sans doute, la *vie* n'est point susceptible de parties : on vit ou l'on meurt, cela est évident. Mais on peut vivre plus ou moins largement, suivant ses ressources. On peut vivre avec 2,000 francs, avec 1,500 francs, avec 500 francs par an. Sous ce rapport, la vie est susceptible de plus ou de moins, et, par conséquent, de parties. Ce qui le prouve, c'est que les aliments ne sont dus *qu'en proportion des ressources de celui qui les doit,* c'est-à-dire *en partie* dans certains cas. Ainsi, lorsque le créancier a besoin de 2,000 francs, le débiteur qui n'en peut donner que 1,000 est quitte en payant cette somme, c'est-à-dire en fournissant ce qui est nécessaire pour satisfaire la *moitié* du besoin du créancier.

Supposons un créancier dont le besoin égale 20, et quatre débiteurs ayant des ressources égales et suffisantes pour payer la dette entière : l'un d'eux pourra-t-il (sauf, bien entendu, son recours contre ses codébiteurs) être condamné *pour le tout ?* En admettant l'affirmative, on violerait ouvertement la loi ! Chacun des quatre débiteurs ne doit, en effet, les aliments que *proportionnellement au besoin du créancier;* or, dans l'espèce, ce besoin se trouve, quant à celui des débiteurs qui est actionné, réduit à *cinq,* puisque le créancier a trois autres créances au moyen desquelles

il peut, en agissant contre les autres débiteurs, obtenir ce qui lui manque.

En résumé, lorsqu'il existe plusieurs personnes appelées concurremment à fournir des aliments, la dette alimentaire dont chacune d'elles est tenue doit être envisagée séparément, et eu égard à ses facultés comparées à celles du créancier, en ayant soin de comprendre dans la fortune de ce dernier, afin d'apprécier l'étendue de ses besoins, les créances alimentaires qu'il a contre les autres débiteurs. Les parts étant ainsi fixées, il y a alors autant de dettes distinctes et indépendantes qu'il y a de débiteurs (1).

[[Il y a eu, dans notre jurisprudence, quelque incertitude sur cette question de la solidarité de la dette alimentaire. Dans la cause de *Lauzon v. Connoissant* (5 L. C. J., p. 99), le juge Monk a jugé que les enfants qui sont tenus par la loi de fournir des aliments à leurs parents doivent y être condamnés solidairement et que les parents peuvent s'adresser, à cette fin, à celui de leurs enfants qu'ils jugent à propos. Plus tard, dans la cause de *Leblanc v. Leblanc* (23 L. C. J., p. 10), le juge Johnson a décidé que la dette alimentaire est divisible et que chaque débiteur doit y contribuer suivant ses moyens. Cependant, encore plus récemment, nous trouvons une décision du juge Mousseau, dans une cause de *Valiquette v. Valiquette* (M. L. R., 1 S. C., p. 129), jugeant que l'obligation de fournir une pension alimentaire est indivisible et que ceux qui y sont tenus, le doivent conjointement et solidairement ; que, par suite, l'un d'eux, poursuivi seul, a droit d'action contre les autres pour leur faire payer leur quote part ; que cette solidarité ne cesse que lorsque ceux qui y sont obligés n'en ont pas les moyens, ce qui est une question de fait et ne peut être invoquée par défense de droit. Enfin, la cour d'appel a décidé, dans une cause de *Mainville & Corbeil* (33 L. C. J., p. 179), que l'obligation de la part des enfants de payer une pension alimentaire, quoique n'étant pas solidaire suivant l'acception généralement reçue du mot, incombe cependant à ceux des débiteurs poursuivis, sauf le recours de ces derniers contre les autres codébiteurs.

---

(1) MM. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 448 ; *Explic. somm.*, p. 117 ; *Cours de code civil*, t. I, p. 319 ; Demol., t. II, n° 63 ; Aubry et Rau, t. VI, § 553, note 18 ; Duc., Bonn. et Roust., t. I, n° 359 : Duverg., *sur Toull.*, t. I, n° 613 ; Laurent, t. III, nos 66 et suiv. — *Contra*, Rodière, *Traité de la solid. et de l'indivis.*, n° 155 ; Delv., t. I, p. 87 : et, à certains égards, Dem., t. I, n° 292 *bis*. I.

M. Baudry-Lacantinerie, nº 610, se pose une autre question. Le créancier de la pension alimentaire qui a obtenu un jugement en sa faveur peut-il exécuter ce jugement sur tous les biens saisissables du débiteur, ou est-il obligé de lui laisser une quantité suffisante de biens pour le préserver à son tour du besoin ? Il décide que le créancier peut tout saisir, sauf, s'il réduit par là son débiteur à l'indigence, le droit de ce dernier de réclamer à son tour des aliments à ce créancier. Je puis ajouter que, puisque les aliments ne sont accordés que dans la proportion de la fortune de celui qui les doit, le débiteur, en faisant voir quelle est l'étendue de cette fortune, évitera de se faire réduire à l'indigence sur l'exécution du jugement rendu contre lui. Que si les moyens de ce débiteur ont diminué depuis le jugement, il peut toujours adresser au tribunal qui l'a condamné une demande de réduction, et cette demande sera accueillie si la diminution de la fortune du débiteur, à tel point qu'il ne peut plus fournir la pension, est démontrée.]]

La dette alimentaire est-elle *héréditaire*, c'est-à-dire transmissible activement et passivement aux héritiers ? Il faut, pour résoudre cette question, user de distinctions.

La dette alimentaire s'éteint toujours par la mort du *créancier*. Toutefois, si la créance a été, en son vivant, réglée amiablement ou en justice, ses héritiers ont le droit d'exiger le payement des termes échus et non acquittés pendant sa vie, car il y avait pour le défunt droit acquis. Il ne faut pas, d'ailleurs, que le débiteur profite du retard qu'il a mis à se libérer. J'en dis autant pour le cas où le créancier, ayant formé une demande en pension alimentaire, est mort *pendente lite :* ses héritiers peuvent continuer le procès et obtenir une somme égale au besoin dans lequel le défunt s'est trouvé depuis sa demande jusqu'au jour de son décès. Décider autrement, ce serait faire bénéficier le défendeur de son injuste résistance.

Lorsque c'est le *débiteur* qui meurt, sa succession doit évidemment les termes échus et qu'il n'a point acquittés. Mais l'obligation cesse-t-elle *pour l'avenir ?* On distingue. L'obligation alimentaire a sa cause génératrice dans la parenté ou l'alliance ; le *besoin* du créancier n'est que la condition qui la fait naître. Si cette condition se réalise pendant que la cause (la parenté ou l'alliance) existe, c'est-à-dire du vivant du débiteur, l'obligation, étant née dans sa personne, passe à ses héritiers. Que si, au contraire, elle se réalise après que la cause (la parenté ou l'alliance) a cessé par la mort du débiteur, l'obligation ne peut pas naître

dans la personne de ses héritiers : *cessante causâ cessat effectus*. Ainsi, le besoin du créancier est-il antérieur au décès du débiteur : les héritiers de ce dernier doivent y pourvoir tant qu'il dure. Est-il postérieur à cette époque : le créancier ne peut rien exiger (1).

[[Cette question a été discutée dans la cause de *Turner* & *Mulligan*, jugée par la cour d'appel, le 29 septembre 1894, et non encore, au moment où j'écris ces lignes, rapportée. En cour supérieure, le juge Davidson avait décidé que lorsque le créancier de la pension alimentaire avait obtenu un jugement contre son débiteur, il pouvait poursuivre les héritiers ou représentants de ce débiteur, au décès de ce dernier, aux fins que ce jugement fût déclaré exécutoire contre ces héritiers ou représentants (voir le rapport de cette cause, R. J. Q., 4 C. S., p. 117).

Ce jugement fut infirmé par la cour d'appel. Considérant, dit le jugement de ce tribunal, que la dette d'aliments a pour cause la parenté. Considérant que le jugement rendu contre le débiteur de la pension alimentaire, n'est que la déclaration judiciaire de la dette que ce débiteur devait et qu'il n'a pas changé la nature de cette dette. En conséquence, la cour d'appel a refusé de déclarer le jugement rendu contre le débiteur exécutoire contre les héritiers de ce dernier.

---

(1) Voy., en ce sens, MM. Aubry et Rau, t. VI, § 553, p. 100 et note 10.

On peut, contre ce système, faire remarquer que l'art. 762 C. N., [[nous n'avons pas cette disposition,]] qui accorde aux enfants adultérins ou incestueux une action alimentaire contre la succession de leur père ou de leur mère, ne distingue pas si leur besoin est antérieur ou postérieur à l'ouverture de la succession. La règle qu'il établit est absolue. -- Aussi quelques personnes pensent-elles que l'obligation alimentaire est *toujours* héréditaire ; qu'il n'y a pas à cet égard à distinguer si le créancier était ou non dans le besoin au moment de la mort du débiteur (M. Dur., t. II, n° 407).

Dans un troisième système, on soutient, au contraire, qu'elle n'est *jamais* héréditaire, et qu'ainsi elle cesse alors même que le créancier était déjà dans le besoin au moment de la mort du débiteur. Elle a, en effet, pour fondement la parenté ou l'alliance : or, la parenté et l'alliance sont des qualités essentiellement *personnelles*, et, par conséquent, non transmissibles aux héritiers. La dette alimentaire suppose, d'ailleurs, *la réciprocité :* or, cette réciprocité est impossible lorsque le débiteur est décédé : il est, en effet, trop évident que ses légataires ne seraient point admis à réclamer, en cas de besoin, des aliments à ses parents (MM. Demol., t. II, n°s 40 à 42, et Laurent, t. III, n° 48). — La cour de cassation s'est prononcée en ce dernier sens par son arrêt du 8 juillet 1857 (Sir., 57. 1. 809). [[Voyez aussi, dans ce sens, M. Baudry-Lacantinerie, n° 609, qui appuie son sentiment d'arguments d'une grande force.]]

Ce jugement, tant qu'une cour plus élevée n'aura pas rendu une décision contraire, me paraît régler la question. Au demeurant, je le crois, conforme à la doctrine la plus sûre. Il m'autorise suffisamment à rejeter la distinction de Mourlon.]]

CHAPITRE VI. — DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

I. **Devoirs communs aux époux.** — "Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance" (art. 173).

Du devoir de fidélité. — Ce devoir n'est point purement *moral* : la loi en garantit l'observation par une sanction pénale. — Toutefois, quoiqu'il soit commun aux deux époux, on peut dire qu'il existe avec plus d'énergie pour la femme que pour le mari : car, lorsqu'elle est coupable, elle encourt des peines auxquelles son mari, bien qu'adultère, ne serait point soumis.

Ainsi, 1° l'adultère de la femme, *en quelque lieu qu'elle l'ait commis*, autorise son mari à demander contre elle la séparation de corps ; l'adultère du mari, au contraire, n'est une cause de séparation de corps que dans le cas où le mari a tenu sa concubine *dans la maison commune* (voy. art. 187 et 188) *(a)*.

[[Je ne parle que des peines civiles dont l'adultère est puni. Je puis dire, cependant, qu'en France, l'adultère de la femme constitue une offense punie de peine repressives.]]

Si la loi sanctionne plus sévèrement le devoir de la femme que celui du mari, c'est, a-t-on dit, parce que l'infidélité de l'une est plus grave que l'infidélité de l'autre. La faute de la femme est plus grave : 1° parce qu'étant, à raison de son sexe et de nos mœurs, tenue à plus de réserve, elle blesse plus essentiellement, lorsqu'elle s'en écarte, la morale et l'ordre public ; 2° parce qu'en manquant à son devoir, elle peut donner le jour à des bâtards, qui, sous la protection de la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, viendront à l'égal des enfants légitimes, prendre leur place dans la famille du mari.

Du devoir de se donner des secours. — Lorsque l'un des époux a une fortune qui lui est propre, tandis que l'autre est pauvre,

(*a*) Remarquons, cependant, que l'adultère du mari commis en dehors de la maison commune, peut, s'il est accompagné de scandale, constituer une *injure grave* aux termes de l'art. 189 et justifier à ce titre la séparation de corps.

l'époux qui est riche doit venir en aide à celui qui ne l'est pas. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1317, la femme, quoique séparée de biens, doit supporter toutes les charges du mariage, lorsqu'il ne reste rien au mari.

En laissant subsister le mariage, la *séparation de corps* laisse subsister toutes les obligations qu'il engendre, pourvu qu'elles soient indépendantes de la *communauté d'habitation*. Ainsi l'époux coupable, c'est-à-dire celui contre lequel la séparation a été prononcée, peut, s'il est dans le besoin, exiger une pension alimentaire proportionnée aux ressources du conjoint qu'il a outragé.

Du devoir d'assistance. — Lorsque le malheur vient frapper l'un des époux, lorsqu'il souffre, qu'il est infirme, son conjoint ne lui doit point seulement des *secours pécuniaires* : il lui doit, en outre, l'*assistance*, c'est-à-dire des soins personnels : c'est à lui, plus qu'à tout autre, à le consoler par des marques d'affection et de dévouement, à veiller près de lui, à panser ses plaies, s'il est blessé. L'inaccomplissement de ce devoir constituerait, de sa part, une injure grave, qui pourrait motiver, de la part de l'époux outragé, une demande en séparation de corps.

II. Des droits et des devoirs particuliers à chaque époux. — " Le " mari doit protection à sa femme ; la femme obéissance à son " mari " (art. 174).

Le mari doit protéger sa femme, parce qu'il est le plus fort ; sa femme est tenue de lui obéir, parce que, si elle était absolument maîtresse de ses actions, la protection que lui doit son mari serait souvent inutile et quelquefois même impossible.

— Du devoir d'obéissance naît pour la femme l'obligation d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider, *même à l'étranger* (voy. la discussion qui a eu lieu à ce sujet au Conseil d'Etat).

Réciproquement, le mari est tenu de recevoir sa femme chez lui et de l'y traiter convenablement, selon ses facultés et son état *(a)*.

Quelle est la sanction de ces obligations ? Le refus que ferait la femme d'habiter avec son mari, ou que celui-ci ferait de la recevoir, constituerait évidemment une injure grave qui pourrait

(*a*) L'article 175 se lit comme suit :
" La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre par- " tout où il juge à propos de résider. Le mari est obligé de la rece- " voir et lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la " vie, selon ses facultés et son état.

servir de fondement à une demande de séparation de corps. L'époux coupable perdrait même le droit d'exiger des secours alimentaires. Mais cette double sanction peut être inefficace ou ne pas convenir à l'époux qui demande à l'autre l'accomplissement direct de son devoir. Peut-il alors recourir *à la force armée ?* Ainsi, lorsque la femme refuse obstinément d'habiter avec son mari, peut-elle y être contrainte *manu militari ?*

L'affirmative est généralement admise. Toute obligation, par cela seul qu'elle est écrite dans la loi, doit avoir une sanction efficace : autrement, elle n'existerait point ! Or, il n'y a qu'un seul moyen de contraindre directement la femme à habiter avec son mari ; ce moyen, c'est l'emploi de la force publique. Donc..., etc.

Il est vrai que, suivant le droit commun, lorsqu'une personne s'est obligée *à faire quelque chose*, on ne peut point l'y contraindre *par des violences exercées sur sa personne* (voy. l'explic. des art. 1065 et suiv.). Mais cette règle n'a trait qu'aux obligations relatives à des intérêts matériels et pécuniaires ; or, dans notre espèce, il s'agit d'un droit moral ou de famille.

La loi a dû respecter la liberté et la personne du débiteur, lorsqu'il refuse de procurer à son créancier *l'avantage pécuniaire* qu'il lui doit : dans ce cas, en effet, on peut, par un équivalent, c'est-à-dire par une somme d'argent, indemniser le créancier du préjudice que lui cause l'inexécution de l'obligation. Lors, au contraire, qu'il s'agit d'un droit de famille, quel équivalent peut-on procurer au créancier ? Des dommages et intérêts ? Mais une réparation en écus serait profondément immorale. Le mari qui ferait escompter en argent la faute de sa femme en fuite blesserait toutes les convenances (1). Il faut avoir recours à un autre moyen ; et, comme il n'en existe aucun autre que l'emploi de la force publique, il y a nécessité d'y recourir.

On objecte que ce moyen sera lui-même inefficace : la femme, une fois réintégrée au domicile de son mari, pourra, dit-on, s'enfuir de nouveau et rendre ainsi vaine toute coercition.

Il est bien vrai que la femme pourra s'enfuir de nouveau : car, si son mari a le droit de la faire ramener chez lui, il ne lui est point permis de l'y retenir en charte privée. Mais c'est beaucoup qu'elle revienne : peut-être qu'alors, sous l'empire des conseils

---

(1) Toutefois, si la faute de la femme a causé au mari un dommage matériel, par exemple, si un paysan, en l'absence de sa femme, a été obligé de prendre à sa place une domestique pour les travaux de la maison, ce dommage devrait être réparé pécuniairement.

de sa famille, en présence des enfants qu'elle avait abandonnés, libre des influences funestes qui l'avaient entrainée hors de son devoir, elle comprendra que son intérêt et son honneur exigent d'elle le sacrifice de ses passions et la réparation de sa faute (1).

Le principe que la femme doit habiter avec son mari souffre trois exceptions. Ainsi :

1° Elle n'est pas tenue de le suivre *à l'étranger*, lorsque l'émi-

---

(1) Val., *sur Proud.*, t. I, p. 453 ; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 325 ; Odilon Barrot, *Encyclop. du droit*, art. 2, nos 6 et 13 ; Coin-Delisle, *De la contrainte par corps*, n° 258 ; Dem., t. I, n° 297 *bis*, III ; Marc., sur l'art. 214 ; MM. Demolombe, t. II, n° 107 ; Aubry et Rau, t. V, § 471, notes 7 et 8.

Quelques personnes, outre ce moyen énergique de coercition, admettent que le mari peut, s'il le préfère, saisir et faire mettre sous le séquestre les revenus des biens dont sa femme a la jouissance, afin de la ramener par le besoin.

D'autres vont plus loin encore ! Elles considèrent comme légitime la saisie des revenus personnels de la femme, *avec appropriation au profit du mari.*

— Dans un autre système, on rejette la coercition *manu militari* et la coercition par *la saisie des revenus.* La femme que l'on contraint *manu militari* à l'accomplissement de son devoir subit, dit-on, une arrestation, et même un emprisonnement, lorsqu'elle est arrêtée loin du domicile de son mari. Selon notre droit public, personne ne peut être arrêté et emprisonné *que dans les cas prévus par la loi.* Or, nulle loi n'a autorisé l'arrestation, et encore bien moins l'emprisonnement, même temporaire, de la femme qui fuit le domicile de son mari !

A la vérité, toute obligation écrite dans la loi est accompagnée d'un moyen de coercition, sans lequel elle n'existerait point.

Sans doute ! mais est-il donc nécessaire, pour qu'une obligation existe *civilement*, de placer à côté d'elle un moyen aussi énergique que la *manus militaris ?* Non, assurément. La plupart des obligations en sont affranchies. Telles sont les obligations de *faire ;* tels sont, pour prendre nos exemples dans notre matière, les devoirs de *fidélité* et *d'assistance* dont les époux sont tenus entre eux. — Les devoirs d'époux à époux ne comportent point l'intervention des gendarmes. Leur sanction se trouve ailleurs ; nous l'avons déjà fait connaître. Elle consiste dans le droit qu'a l'époux qui a rempli les siens de demander contre l'époux coupable la séparation de corps, ou de lui refuser toute espèce d'assistance et de secours. Il se peut que cette sanction soit inefficace ; mais l'intervention de la force armée remettrait-elle donc toujours dans la voie du devoir l'époux qui en est sorti ?

Enfin, lorsque la loi entend placer à côté d'un devoir de famille le droit d'en obtenir l'accomplissement par *arrestation* et *emprisonnement*, non seulement elle s'en explique formellement, mais encore elle a soin de réglementer ce droit de coercition, afin qu'il ne devienne pas un abus (voy. les art. 374 C. N. et suiv.). [[Nous n'avons pas ces dispositions ; ainsi, l'argument qu'on fonde sur elles est sans force dans notre droit.]]

Qu'on ne dise point que les juges ont le droit d'assurer l'exécution forcée de leurs décisions *par toutes les voies praticables*, lorsque la

gration est défendue par une loi politique : on ne peut pas, en effet, la contraindre à se mettre en révolte contre les lois (1).

2° Elle n'est pas tenue de le suivre dans sa vie errante, dans ses voyages, lorsqu'il entend ne se fixer nulle part : car, tout ce que la loi exige d'elle, c'est qu'elle *habite* avec lui *là où il réside*.

3° Elle n'est même pas tenue d'habiter là où il réside, lorsqu'il ne la reçoit pas dans un logement convenable et décent, selon sa fortune et son état : car, si elle est tenue de vivre sous son autorité, c'est à la charge par lui de la traiter maritalement, honnêtement et selon sa condition. Dès qu'il manque à son devoir, elle est affranchi du sien.

[[M. Baudry-Lacantinerie (n° 614) dit que quelquefois le mari qui, par ses mauvais traitements, a chassé sa femme de sa demeure, répond à une action de celle-ci pour pension alimentaire qu'il est prêt à la recevoir et, par conséquent, qu'elle n'a qu'à réintégrer le domicile conjugal. Cette fin de non-recevoir ne doit pas être accueillie, dit notre auteur, quand il est avéré que le mari rend la vie en commun impossible, car l'obligation de la femme d'habiter avec son mari est corrélative de celle de ce dernier de la recevoir et de la traiter convenablement.

Cette solution, ajoute M. Baudry-Lacantinerie, est contestée. On dit que la femme n'est légalement affranchie de son obligation d'habiter avec son mari que par la séparation de corps ; elle n'a pas droit de s'y soustraire d'elle-même sous le prétexte que son mari la maltraite. Il faut répondre à cela que c'est un droit pour la femme de demander la séparation de corps et non une obligation. Elle peut reculer devant le scandale qui résulte de semblables débats. Du reste, le juge appelé à se prononcer sur la demande d'aliments vérifiera si les mauvais traitements du mari rendent le séjour au domicile conjugal intolérable pour la femme. J'ajouterai que si c'est là une séparation de fait, avec la plupart des effets de la séparation judiciaire, le mari ne peut s'en prendre qu'à lui-même d'avoir rendu la communauté d'habitation impossible. La cause de *Conlan & Clarke*, citée ci-après, est dans ce sens.

---

loi, comme dans notre hypothèse, n'en a point tracé de spéciales ! Ce droit si exorbitant n'est, en effet, écrit nulle part ; aucun texte ne l'a consacré ! Les juges ne peuvent donc faire exécuter leurs décisions que *par les voies que la loi a tracées*.

Consultez Delv., t. I, p. 75 ; Dur, t. II, n° 440 ; MM. Duverg., *sur Toull.*, t. I, n° 616 ; Pont, *Revue crit.*, 1851, p. 594, et 1852, p. 530 ; Oudot, *Du droit de famille*, p. 64 ; Laurent, t. III, nos 89 et suiv. ; [[Baudry-Lacantinerie, n° 620.]]

(1) Voy. Demol., t. II, nos 90 et suiv.

Mais si les époux se sont séparés volontairement et sont convenus que le mari payerait une pension alimentaire à sa femme, cette convention sera nulle (M. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*).

Faisons maintenant une courte revue de notre jurisprudence sur ces questions. Il y a une ancienne cause de *Desbarats & Laterrière*, jugée par la cour d'appel en 1846 (1 R. de L., p. 417 ; aussi 16 R. L., p. 542), dans laquelle on a décidé que la femme qui a quitté son mari sans cause légitime, doit être privée de son douaire et des autres avantages lui résultant de son contrat de mariage ; que, pendant cette absence, les immeubles acquis par son mari ne tombent pas dans la communauté, et la femme doit être privée de toute participation dans ces acquets faits par le mari depuis le jour de cette séparation ; et ce, quoiqu'un acte de séparation volontaire ait eu lieu entre les époux, un tel acte étant contraire aux lois, et le consentement du mari n'étant pas suffisant pour autoriser sa femme à se séparer de lui. Si le mari vient à mourir, ajoute l'arrêt, pendant l'absence de sa femme, sans avoir intenté aucune demande contre elle, les héritiers peuvent en former la demande *(a)*.

Dans les causes de *Chamlard v. Jobin* (1 R. de L., p. 504) et de *Conlan & Clarke* (25 L. C. J., p. 90), cette dernière cause décidée par la cour d'appel, il a été jugé que si le mari chasse sa femme du domicile conjugal, ou se retire lui-même de ce domicile et refuse de procurer à sa femme une résidence convenable et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état, cette dernière peut poursuivre son mari pour une pension alimentaire sans demander la séparation de corps et d'habitation.

D'un autre côté, on a décidé dans la cause de *Hughes v. Rees* (5 L. N., p. 70) que bien que le mari soit responsable du maintien de sa femme, cependant quand cette dernière s'est retirée de l'endroit où il a pourvu à ses besoins, il cesse d'être responsable de déboursés faits par elle ou de son soutien.

Dans la cause de *Sanfaçon v. Poulin*, on a jugé que l'obligation de la femme de résider avec son mari est soumise à la condition que son mari lui procurera une résidence convenable. Dans cette cause le juge Andrews a examiné la question discutée par Mourlon de savoir si la femme peut être contrainte par corps à partager la demeure de son mari. Le savant juge cite comme

---

(*a*) Voir les autres causes citées (16 R. L., p. 542) quant à l'effet de l'adultère de la femme sur ses droits matrimoniaux.

argument additionnel à ceux donnés par les auteurs, l'article 548 du code de procédure civile, qui n'a pas d'équivalent dans le code français. Cet article porte que lorsque le jugement a pour objet l'accomplissement de quelque acte physique, l'officier chargé de l'exécuter peut employer la force requise pour y parvenir en observant les formalités voulues (13 Q. L. R., p. 53).

Tout dernièrement, dans la cause de *Fisher v. Webster* (R. J. Q., 6 C. S., p. 25), le juge Pagnuelo a décidé que le mari a une action pour contraindre sa femme d'habiter avec lui et, faute par elle de se conformer à l'ordre de la cour, pour la faire déclarer déchue des droits matrimoniaux stipulés par elle dans son contrat mariage.

Enfin, dans une cause également récente de *Lamarche v. Cartier* (R. J. Q., 6 C. S., p. 56), la cour de revision a jugé que lorsque le mari et la femme non séparés de corps, sont poursuivis conjointement, il suffit, dans le bref, d'indiquer le domicile du mari, la femme ne pouvant avoir d'autre domicile que celui de son mari.

Il reste quelques arrêts quant à la responsabilité qui incombe au mari pour les dettes contractées par sa femme. Dans la cause de *Morkell v. Jackson* (14 L. C. R., p. 181), il a été jugé que le mari n'est pas responsable des dettes encourues par sa femme commune en biens quand cette dernière a quitté le domicile conjugal sans cause et tient un établissement séparé d'avec son mari.

Dans une autre cause très récente de *Sheridan v Hunter* (R. J. Q., 5 C. S., p. 472), le juge Routhier a décidé que la femme, en l'absence d'une séparation de corps en justice, ou de circonstances particulières suffisantes, étant tenue d'habiter avec son mari, ce dernier n'est pas responsable du loyer que sa femme, séparée d'avec lui de fait, s'est engagée de payer pour une maison autre que le domicile conjugal, et que la femme n'est présumée avoir un mandat tacite de son mari pour l'achat des choses nécessaires à la vie qu'autant qu'elle demeure avec lui *(a)*.

Dans la cause de *Bonnier v. Bonnier* (3 R. L., p. 35), on a tenu le mari responsable de dettes contractées par la femme chez un marchand auquel le mari avait spécialement défendu de faire des avances soit à sa femme soit à sa famille, mais le juge s'est basé sur le fait que le mari et sa famille avaient profité des avances, et que le mari en avait eu connaissance.

(*a*) Ce jugement a été confirmé par la cour de révision à Montréal le 29 septembre 1894. Le jugement de cette cour n'est pas encore rapporté mais le sera aux R. J. Q., 6 C. S.

Cependant, dans une espèce semblable, *Roy v. Granger* (11 L. N., p. 18), il a été jugé que le mari n'est pas responsable pour le prix de marchandises vendues à crédit à son épouse lorsqu'il avait formellement défendu au marchand de lui faire des avances, et qu'il est admis que le mari a toujours fourni à sa famille tout ce dont elle a besoin et que sa femme fait des dépenses extravagantes. Dans une autre cause, celle de *D'Orsonnens v. Christin* (7 L. N., p. 338), le mari a été condamné à payer le compte du médecin dont les services avaient été requis par sa femme séparée de biens. Tout cela, au fond, est une question d'agence, et dans une cause anglaise de *Debenham & Mellon* (6 App. Cas., p. 24), la chambre des lords a jugé que l'agence de la femme, quand le mari ne lui a pas, par aucun acte, conféré cette qualité, est une question de fait qui doit être appréciée suivant les circonstances de la cause.]]

III. Incapacité de la femme mariée; — Autorisation maritale. — Nous étudierons sur cette matière :

1° Le fondement de l'incapacité de la femme ;

2° Les cas dans lesquels la femme est incapable d'agir sans autorisation ;

3° Les cas dans lesquels l'autorisation de justice peut et doit suppléer l'autorisation du mari ;

4° Les cas dans lesquels l'autorisation du mari ne peut pas être suppléée par l'autorisation de justice ;

5° Les cas dans lesquels l'autorisation du mari ou de justice n'est pas requise ;

6° Quand et comment se donne l'autorisation du mari ;

7° Les formes de l'autorisation de justice ;

8° Les effets de l'autorisation maritale ou de justice ;

9° Enfin, les effets du défaut d'autorisation.

§ I. — *Du fondement de l'incapacité de la femme mariée.*

La femme, dès le moment même de la célébration de son mariage et tant qu'il dure est, en principe, *incapable* de faire seule, c'est-à-dire sans l'autorisation de son mari ou de justice, les actes de la vie civile *(a)*.

Quelle est la cause de cette incapacité ?

Est-ce la légèreté, l'inexpérience et la faiblesse de la femme ?

Faut-il dire qu'elle est incapable *propter fragilitatem sexûs*, comme l'est le mineur *propter fragilitatem ætatis ?*

(*a*) Il y a, cependant, une exception quant aux actes d'administration faits par la femme séparée de biens.

Non, peut-on répondre, et cela pour trois raisons :

1° Les *filles* et les *veuves majeures* sont jugées avoir assez d'expérience et de maturité d'esprit pour gérer sagement leur personne et leur fortune : la loi leur reconnaît une pleine et entière capacité ; or, le mariage n'altère en aucune façon cette capacité naturelle.

2° Si la loi plaçait les femmes sur la même ligne que les mineurs, si elle les tenait pour inexpérimentées et inhabiles à la gestion de leurs propres affaires, elle ne leur confierait assurément pas, ainsi qu'elle le fait, la tutelle de leurs enfants, et même celle de leur mari quand il est interdit (art. 282 et 342).

3° Lorsqu'une personne est frappée d'une incapacité *naturelle*, le protecteur que la loi place près d'elle pour la guider et pour l'empêcher de faire des actes préjudiciables à ses intérêts, ne peut point l'autoriser dans un contrat qui intervient *entre elle et lui* : l'autorisation qu'il lui donnerait dans ce cas n'effacerait point son incapacité : car, intéressé qu'il est dans l'acte qu'il s'agit de faire, il n'est point propre à la conseiller, à l'éclairer. Ainsi, par exemple, un curateur n'aurait point qualité pour autoriser le mineur émancipé à contracter avec lui : *nemo potest esse auctor in rem suam.* Cette règle ne reçoit pas d'application dans les rapports entre mari et femme. Alors même que la femme contracte avec son mari, c'est son mari qui l'autorise (1). Or, s'il peut en l'autorisant l'habiliter à contracter avec lui, n'est-ce point parce que la loi la juge capable de se protéger elle-même ? On conçoit, en effet, que, si elle était, de même qu'un mineur, naturellement incapable de défendre ses intérêts, on ne confierait point à son mari le soin de l'autoriser dans l'affaire où il a un intérêt contraire au sien.

Faut-il, par ces motifs, conclure que l'incapacité de la femme n'a d'autre fondement que la *puissance maritale*, c'est-à-dire *l'obligation d'obéissance* dont la femme est tenue envers son mari ?

Cela ne se peut pas, dira-t-on encore, et pour trois raisons :

1° Si l'incapacité de la femme n'avait été organisée que dans l'intérêt du mari, comme moyen de rendre son autorité plus réelle et plus efficace, le droit de faire annuler les actes que sa femme a passés sans aucune autorisation *n'appartiendrait qu'à*

(1) Si le mari était incapable d'autoriser sa femme quand elle contracte avec lui, la loi eût compris cette hypothèse parmi les cas dans lesquels elle exige que l'autorisation du mari soit remplacée par celle de la justice ; or, c'est ce qu'elle n'a point fait (voy. les art. 178 et 186).

lui seul; or, ce droit, la loi le confère, non seulement au mari dont la puissance n'a pas été respectée, mais encore à [[tous ceux, la femme comprise, qui ont un intérêt né et actuel à la nullité de l'acte (art. 183).]]

Cette faculté qu'a la femme d'obtenir l'annulation des actes qu'elle a faits à l'insu et contre le gré de son mari suppose nécessairement qu'en la frappant d'incapacité, la loi ne s'est pas exclusivement préoccupée de l'intérêt du mari : car, si elle n'avait pas entendu protéger la femme elle-même et sauvegarder sa propre fortune, dans quel but lui aurait-elle accordé le droit de faire annuler les actes qu'elle a faits sans autorisation ?

2° Le mari, *quoique mineur*, est investi de la puissance maritale. Si donc l'incapacité de la femme n'avait d'autre fondement que l'obéissance qu'elle doit à son mari, celui-ci, quoique mineur, devrait pouvoir l'autoriser lui-même : car, tout jeune qu'il est, dès qu'il a le titre d'époux, il a par là même l'aptitude nécessaire pour recevoir de sa femme les marques de soumission auxquelles il a droit. C'est, en effet, ce qu'on décidait dans notre ancienne jurisprudence, où l'incapacité de la femme n'existait que comme une marque de l'obéissance que la femme doit à son mari (1). Or, le code [[Napoléon]] a suivi un autre système : lorsque le mari est *mineur*, ce n'est plus à lui que la loi confie le soin d'apprécier l'acte que veut faire sa femme, et de l'autoriser ou de l'empêcher suivant qu'il le juge ou non convenable ; ce soin, la loi le confie à la justice (art. 224 C. N). La loi se préoccupe donc des intérêts pécuniaires de la femme, puisqu'elle charge la justice de les sauvegarder lorsque le mari, à cause de sa jeunesse et de son inexpérience, se trouve incapable de les bien défendre *(a)* !

3° Lorsque le mari est frappé d'une peine afflictive ou infamante, la loi le déclare indigne de la puissance maritale : elle lui retire son autorisation (art. 221 C. N.). Si ce droit d'autorisation n'était qu'une *conséquence de la puissance maritale*, la femme devrait, par la cessation même de cette puissance, cesser d'être incapable. Ce n'est pas pourtant ce que fait la loi [[en France.]] Elle ne veut pas que la femme puisse, même dans ce cas, agir seule : à défaut de son mari, elle doit, chaque fois qu'elle veut

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 29.

(*a*) Je ferai remarquer que cet argument est inapplicable dans notre droit, où le mari mineur possède, comme sous l'ancien droit, les mêmes droits que le mari majeur (art. 182). Je ne laisse ce passage que pour ne pas tronquer l'argumentation de Mourlon. Du reste, sur une question de l'importance capitale de celle qui est discutée dans le texte, il importe de comparer les deux systèmes de jurisprudence. J'indiquerai plus loin la raison de notre loi telle que conçue.

faire un acte qui intéresse sa fortune, prendre préalablement l'autorisation de la justice. Or, si l'incapacité de la femme survit à l'extinction de la puissance maritale, n'est-ce point parce que cette incapacité n'a pas sa source unique en cette puissance *(a)* ?

Que décider en présence de ces arguments pour et contre ? Je crois, quant à moi, que les rédacteurs du code ont entendu établir un système mixte. Voici, si je ne me trompe, quelle a été leur pensée. L'incapacité de la femme a pour fondement :

1° *L'obligation d'obéissance dont elle est tenue envers son mari.* La puissance maritale, c'est-à-dire le droit de discipline intérieure et de gouvernement domestique qu'on accorde au mari, ne serait qu'un vain mot, si, à son insu et même contre son gré, la femme pouvait légitimement se mettre en relation d'affaires avec autrui, et disposer ainsi de sa fortune selon son bon plaisir. Voilà l'idée principale, fondamentale.

2° *La faiblesse et l'inexpérience naturelles de la femme.* C'est l'idée accessoire.

La femme *majeure* qui ne se marie point estime elle-même qu'elle est assez forte, assez expérimentée, pour se passer d'un protecteur : de là la liberté dont elle jouit de gérer sa fortune comme elle l'entend.

Celle, au contraire, qui se marie, cherche une protection dans le mariage, un guide dans l'époux qu'elle se donne. Elle marque par là même qu'elle ne se sent ni assez forte ni assez expérimentée pour se charger seule du maniement de ses affaires. De là l'incapacité qui la protège contre elle-même *(b)*.

Les travaux préparatoires du code me donnent la confirmation de ce système. " Il est constant, disait M. Favard au Tribunat, que la loi a déclaré la femme incapable de s'engager, afin de la garantir de sa FAIBLESSE et sauver sa fortune." — " Pothier, disait encore M. Mouricault, soutient que l'incapacité de la femme est établie, non point dans son intérêt, mais comme une déférence due à son mari ; mais cet assujettissement n'a-t-il donc pas AUSSI pour objet de donner un guide à *l'inexpérience* de la femme, de lui donner un protecteur contre la surprise ? "

Je dis donc, avec M. Mouricault : L'incapacité de la femme repose principalement sur l'obéissance que la femme doit à son

(*a*) Nous n'avons pas une disposition de ce genre dans notre droit. Au contraire, aux termes de l'article 36, le mariage étant dissous pour les effets civils par la mort civile du mari, la femme peut exercer les droits et actions auxquels la mort naturelle de son mari donnerait lieu.

(*b*) Cette raison me paraît peu satisfaisante.

mari, et subsidiairement sur sa faiblesse et son inexpérience. La loi l'a organisée, non seulement dans l'intérêt du mari, mais encore dans l'intérêt particulier de la femme. D'où je tire cette conséquence : lorsque le mari donne, après coup, son consentement à l'acte que sa femme a fait sans autorisation, cette ratification postérieure laisse subsister l'action en nullité qui compète à la femme (1). Je reviendrai sur ce point *(a)*.

[[J'ai reproduit cette dissertation parce qu'elle rend bien compte d'un système qui diffère essentiellement du nôtre. Je pense que l'idée qui domine dans notre droit sur cette question et qui a motivé les dispositions que nous étudions, c'est la dépendance de la femme et l'obéissance qu'elle doit à son mari. Il se peut qu'accessoirement on ait voulu tenir compte de la faiblesse de la femme, mais cette considération n'a pas dû peser d'un grand poids, car la femme, dès la mort de son mari, recouvre sa capacité, sans qu'on puisse dire que sa faiblesse soit diminuée. Donc la seule chose qui justifie et explique les incapacités dont souffre la femme mariée, c'est l'obéissance qu'elle doit à son mari. Mais, dira-t-on, pourquoi ne point limiter, dans ce cas, au mari seul, le droit de se plaindre de l'acte que sa femme a fait sans son autorisation, puisque cette incapacité est dictée uniquement à cause de l'obéissance que sa femme lui doit ? La réponse à cette objection est facile. Le motif qui a déterminé le législateur à frapper de nullité les actes faits par la femme, sans l'autorisation de son mari, est un motif d'ordre public, car il n'est pas permis au mari de renoncer à la puissance maritale, pas plus qu'il ne peut abandonner la puissance paternelle. Donc, la nullité étant d'ordre public est par là-même absolue, et peut être opposée par tous ceux qui y ont un intérêt, qui, dit l'article 183, doit être né et actuel. Ainsi, tout s'harmonise dans notre droit et il n'est pas difficile de trouver la pensée du législateur lorsque cette pensée a dicté d'une manière non équivoque, toutes les dispositions de ce chapitre.]]

---

(1) Val., *Explic. somm.*, p. 119; *Cours de C. civ.*, t. I, p. 329 et suiv. — Comp. Oudot, *Du droit de famille*, p. 68 et suiv.; MM. Aubry et Rau, t. V, § 472, p. 138, note 5 ; Dem., t. II, n[os] 113 et suiv.; Laurent, t. III, n° 95.

(*a*) Je laisse encore ce passage dans le texte. Mais disons immédiatement que la nullité en notre droit est radicale et que la ratification du mari est sans effet vis-à-vis de lui ou des autres.

§ II. — *Des cas dans lesquels la femme est incapable d'agir sans autorisation.*

L'incapacité de la femme est double : sans autorisation elle ne peut faire valablement ni des actes *extrajudiciaires* ni des actes *judiciaires*. [[Si, cependant, elle est séparée de biens, certains pouvoirs lui sont accordés relativement à l'administration de ses biens.]]

I. De l'incapacité de la femme en matière d'actes extrajudiciaires. — [[L'incapacité de la femme en général est énoncée aux articles 176 et 177 qui se lisent comme suit :

176.—" La femme ne peut ester en jugement sans l'autori-" sation ou l'assistance de son mari, quand même elle serait non " commune ou marchande publique. Celle qui est séparée de " biens ne le peut faire non plus si ce n'est dans le cas où il " s'agit de simple administration."

177.—" La femme, même non commune, ne peut donner ou " accepter, aliéner ou disposer entre-vifs, ni autrement contracter, " ni s'obliger, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consen-" tement par écrit, sauf les dispositions contenues dans l'acte de " la 25 Vic., chap. 66.

" Si cependant elle est séparée de biens, elle peut faire seule " tous les actes et contrats qui concernent l'administration de ses " biens."

La différence qu'il y a entre ces articles et les articles correspondants du code Napoléon, c'est, outre la référence au statut 25 Vic., ch. 66, l'omission des mots " celle qui est séparée de biens" et suivants dans l'article 176 et du second alinéa de l'article 177, et l'insertion, dans les articles 215 et 217 du code Napoléon, des mots " ou séparée de biens " après les mots " marchande publique " dans l'article 176 et " non commune " dans l'article 177. De plus, l'article 216 du code Napoléon dit que l'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police. Cette autorisation n'est pas non plus requise dans notre droit, mais les commissaires n'avaient pas besoin de le dire dans un code civil. Ajoutons, pour compléter cette observation, que nos codificateurs ont inséré dans l'article 177 les mots " ni autrement contracter, ni s'obliger " qui, il est vrai, manquent dans l'article 217 du code Napoléon, — lequel ne mentionne que la donation, l'aliénation, l'hypothèque, et l'acquisition, — mais que la doctrine a suppléées. Remarquons, en

outre, que les auteurs de notre code ont également trouvé dans la doctrine française l'exception qui permet à la femme séparée de biens d'administrer ses biens sans autorisation.

Etablissons maintenant l'incapacité de la femme en matière d'actes extrajudiciaires.]]

La femme mariée ne peut point :

1° DONNER, c'est-à-dire procurer ou s'engager à procurer à quelqu'un un avantage pécuniaire, sans équivalent pécuniaire en retour.

2° ALIÉNER, soit *à titre gratuit*, soit *à titre onéreux*.

Aliéner, c'est *rem suam alienam facere* ; c'est transférer à quelqu'un la propriété d'une chose dont on est propriétaire.

Aliéner *à titre onéreux*, c'est transférer la propriété de sa chose en échange d'un équivalent pécuniaire qu'on reçoit en retour. Ainsi, la vente est une aliénation à titre onéreux : car le vendeur reçoit, en échange de la propriété qu'il transfère, le prix qu'on lui paie, ou la créance du prix, lorsque l'acheteur ne le paye pas immédiatement.

Aliéner *à titre gratuit*, c'est *donner*. Ainsi, la donation est une aliénation *à titre gratuit* : car le donateur ne reçoit en échange du droit qu'il transfère qu'un équivalent purement moral, la reconnaissance du donataire, ou la satisfaction d'avoir contribué à son bonheur.

3° HYPOTHÉQUER, c'est-à-dire établir sur un immeuble un droit réel en vertu duquel le créancier qui le reçoit peut, d'une part, se faire payer sur le prix de cet immeuble par préférence aux autres créanciers, et, d'autre part, quand le débiteur l'aliène, le saisir entre les mains du tiers acquéreur.

4° ACQUÉRIR À TITRE ONÉREUX OU À TITRE GRATUIT.

Acquérir *à titre onéreux*, c'est recevoir un avantage pécuniaire en échange d'un équivalent de même nature qu'on procure ou qu'on s'engage à procurer à une autre personne.

Acquérir *à titre gratuit*, c'est recevoir sans donner.

Ainsi, l'acheteur acquiert *à titre onéreux* ; le donataire, *à titre gratuit*.

La femme qui n'est point autorisée ne peut acquérir ni *à titre onéreux*, parce qu'en acquérant à ce titre elle donne quelque chose en retour ; ni *à titre gratuit*, parce que les bonnes mœurs sont intéressées à ce qu'un mari connaisse la cause des libéralités qu'on veut faire à sa femme.

Voici donc le principe posé : la femme ne peut ni *aliéner* ni *s'obliger* sans l'autorisation de son mari ou de justice *(a).*

Une exception est apportée au principe *(b)*; précisons-la.

La femme SÉPARÉE DE BIENS a la *libre administration* de sa fortune. Ce pouvoir d'administrer lui confère, non pas la liberté absolue de faire toutes sortes d'actes, mais simplement la faculté d'aliéner son mobilier et de s'obliger, *dans la sphère de l'administration qui lui est confiée.* Donc tout acte, obligation ou aliénation, *qui dépasse les limites d'un acte de large administration* est en dehors de sa capacité, et, par conséquent, nul : car, lorsqu'on n'est plus dans les termes de l'exception, on reste dans la règle.

Ainsi, *quoique séparée de biens,* la femme ne peut point, sans autorisation, contracter valablement des obligations *étrangères à l'administration de ses biens :* ceux avec lesquels elle a traité n'ont action *ni sur ses immeubles, ni même sur ses meubles* (1).

Quand, au contraire, elle s'est *valablement obligée,* c'est-à-dire quand l'engagement qu'elle a pris a la nature et les caractères d'un acte d'administration ; si, par exemple, elle a fait un marché avec un ouvrier pour la réparation de quelqu'un de ses biens, l'exécution de cette obligation peut être poursuivie *sur ses meubles.*

Peut-elle l'être également *sur ses immeubles ?*

L'affirmative est généralement admise. La femme séparée qui fait des *actes d'administration* s'oblige valablement de la manière la plus complète, aussi énergiquement qu'elle s'obligerait avec l'autorisation de son mari, et, par conséquent, sur tous ses biens, c'est-à-dire *tant sur ses immeubles que sur ses meubles,* conformément au principe de l'article 1980 (2).

Résumons. La femme qui n'est point autorisée ne peut ni faire ni recevoir une donation, ni aliéner ni acquérir à titre onéreux, et, par conséquent, ni acheter, ni vendre, ni échanger ; elle

---

(1) Dem., t. I, p. 423 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 463 ; *Cours de C. civ.*, p. 335 ; MM. Demol., t. II, n°s 163 et suiv. ; Laurent, t. III. n° 97.

(2) Dur., t. II, n° 492 ; Dem., t. I, p. 423 ; Val., *sur Proud.*, t. I, p. 465 ; M. Demol., t. I, n° 161. Voy. aussi mon *Examen crit. du commentaire* de M. Troplong sur les priv., t. I, n° 6.

(*a*) Notre article dit que la femme ne peut *donner* ou *accepter*, *aliéner* ou *disposer entre-vifs*, ni autrement *contracter*, ni *s'obliger*. Il ne parle pas de la réception des créances, ou du paiement des dettes, mais ces actes sont évidemment compris dans sa disposition qui est aussi formelle que compréhensive.

(*b*) Cette exception, ainsi que nous l'avons vu, est consacrée par un texte formel dans notre droit.

ne peut ni s'obliger, ni hypothéquer, ni accepter une succession...; en un mot, elle est incapable de faire un acte susceptible de produire un effet de droit pour ou contre elle. Telle est la règle.

A ne consulter que les termes de notre article 177, cette règle serait *indépendante du régime sous lequel la femme est mariée.* Il n'en est rien pourtant. L'incapacité de la femme existe, il est vrai, sous tous les régimes, mais plus ou moins complète, suivant le régime qu'elle a stipulé. Il faut à cet égard faire une distinction :

Si la femme ne s'est point réservé le droit d'administrer ses biens en tout ou en partie, elle ne peut rien, son incapacité est absolue : elle s'applique aussi bien aux actes de simple *administration* qu'aux actes de *disposition.*

Que si, au contraire, elle a conservé, d'après ses conventions matrimoniales, l'administration de ses biens, en tout ou en partie, ce qui a lieu notamment sous le régime de la séparation de biens (art. 1422), son incapacité n'est plus que relative *à certains actes :* incapable de tout acte de *disposition*, elle peut faire tout acte *d'administration.*

Sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme ne peut point *faire le commerce* sans l'autorisation de son mari. Mais, lorsqu'elle est autorisée à faire un négoce, elle peut, sans qu'elle ait besoin d'aucune autorisation, faire tous les actes qui s'y rapportent.

[[En effet, l'article 179 dit que "la femme, si elle est mar-
" chande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger
" pour ce qui concerne son négoce, et en ce cas, elle oblige aussi
" son son mari, s'il y a communauté entre eux.

" Elle ne peut être marchande publique sans cette autorisation
" expresse ou présumée."

Ces dispositions qui permettent à la femme de faire, sans autorisation, des actes d'administration, lorsqu'elle est séparée de biens, ou des actes de commerce, lorsqu'elle est marchande publique, de l'autorisation expresse ou présumée de son mari, sont des exceptions à la règle qu'énonce l'article 177. Il y a d'autres cas où cette règle ne s'applique pas. Ainsi, la femme peut, sans autorisation : 1° donner ou refuser son consentement au mariage de ses enfants mineurs ; 2° accepter des donations offertes à ses enfants mineurs (art. 303) ; 3° reconnaître un enfant naturel (M. Baudry-Lacantinerie (n° 632). Il suffit, pour le moment, d'indiquer sommairement ces cas qui font voir quelle est l'étendue de notre règle. Il en sera question dans le § 5 *infra.*

Avant de rapporter la jurisprudence se rattachant à l'article 177, qui énonce l'incapacité de la femme à contracter, je dois expliquer la référence au statut 25 Vict., ch. 66. Ce statut autorise la femme mariée, a déposer, sans l'autorisation de son mari, de l'argent dans *La banque de la cité et du district de Montréal* et à l'en retirer. Depuis la passation de cette loi, ce privilège a été étendu à d'autres banques.

Notre jurisprudence contient plusieurs arrêts sur ce sujet, mais je ne citerai pas ceux qui ne font qu'affirmer le principe de l'article 177. Dans la cause de *Benjamin v. Clarke* (3 L. C. J., p. 121), on a refusé de maintenir une action intentée contre une femme qui avait acheté des marchandises sans l'autorisation de son mari. Cependant, dans une autre cause, celle de *Cholet v. Duplessis* (12 L. C. R., p. 303), le juge Badgley a affirmé la validité d'un billet à ordre donné par la femme séparée de biens sans l'autorisation expresse de son mari, pour des provisions et effets nécessaires à la vie, ce billet étant endossé par le mari. A l'inverse, dans la cause de *Danziger & Ritchie* (8 L. C. J., p. 103), la cour d'appel a décidé que la femme qui achète des effets non nécessaires à la vie sans l'autorisation de son mari, ne peut être tenue responsable de cet achat. On a également jugé dans cette cause, comme dans la cause de *Leblanc v. Rollin* (M. C. R., p. 68), que le billet à ordre signé par la femme sans l'autorisation de son mari est nul, mais, dans la dernière cause, tout en affirmant la nullité d'un semblable billet vis-à-vis de la femme, on en a admis la validité à l'égard des endosseurs *(a)*. Dans la cause de *Geddes v. O'Reilly* (6 L. N., p. 92), le juge Torrance a décidé qu'une femme séparée quant aux biens ne peut s'engager sans l'autorisation de son mari à payer à un agent d'immeubles une commission pour la vente d'une de ses propriétés. Dans la cause de *Hart & Joseph* (M. L. R., 6 Q. B., p. 301), la cour d'appel a jugé que la réduction dans le taux des intérêt dus sur une créance hypothécaire n'est pas un acte d'administration mais une véritable donation ; ainsi une semblable réduction faite par une femme séparée de biens, sans l'autorisation de son mari, est nulle.

La cour d'appel a jugé dans la cause de *Jodoin & La banque d'Hochelaga* (R. J. Q., 3 B. R., p. 36), que l'acquiescement d'une femme non spécialement autorisée à cet effet, à ce que la banque s'approprie des actions à elle appartenant, en paiement de sa dette,

---

(*a*) Voyez, quant à la responsabilité de l'endosseur, l'article 55 de l'*Acte des lettres de change*, 1890.

est nul, un pareil acquiescement requérant l'autorisation spéciale du mari. Enfin, dans une cause toute récente, *Dawson v. Bédard et al.* (R. J. Q., 6 C. S., p. 48), la cour de revision, infirmant le jugement de la cour supérieure, a jugé que lorsqu'une femme mariée, marchande publique, est représentée pour les fins de son commerce, par son mari, et que ce dernier a endossé un billet au nom de sa femme, le fait que le mari a endossé ce billet comporte suffisamment l'autorisation maritale pour valider l'endossement ; que lorsque cet endossement dépassait les pouvoirs que la femme avait donnés à son mari et que la femme l'a subséquemment ratifié, une nouvelle autorisation maritale n'est pas requise pour rendre cette ratification valable, vu que l'autorisation nécessaire existait déjà par l'endossement et que la ratification rétroagit jusqu'au jour du contrat ; que le consentement donné après coup par le mandant à un acte non autorisé de son mandataire, est censé, en loi, avoir été donné avant l'acte et le valide à tous égards. Ce jugement a été infirmé par la cour d'appel le 27 décembre 1894. Le jugement de ce tribunal confirme le jugement de la cour supérieure et infirme celui de la cour de revision. Il porte plutôt sur le fait que sur le droit. La femme, sur demande d'un de ses créanciers, avait fait cession de ses biens et avait porté, dans son bilan, la créance de Dawson. La cour de revision avait vu là une ratification de l'endossement fait en son nom par son mari. Cette ratification elle la croyait autorisée par le fait que le mari avait endossé le billet en question au nom de sa femme. La cour d'appel, au contraire, n'a pas voulu donner à cet endossement du mari une portée aussi considérable. Au moment de la préparation du bilan de la femme, le prometteur du billet avait fait faillite, et il n'était pas à présumer que le mari voulait, dans ces circonstances, autoriser la ratification de sa femme. D'ailleurs, l'identité de la créance portée au bilan n'était pas démontrée, et le mari n'était pas partie à la demande de cession de biens dirigée contre sa femme ; ainsi, toute procédure faite par la femme, dans cette cession de biens, était nulle *(a)*.

Quant à la preuve et au mode de l'autorisation, on a décidé, dans la cause de *Métrissé & Brault* (10 L. C. R., p. 157), qu'il

(*a*) Voir, comme affirmant le principe de l'article 177, les causes de *Rouville & The Commercial Bank* (1 R. de L., p. 406), de *Brown v. Guy* (1 L. N., p. 261 ; on y a jugé que la femme peut acheter des objets de nécessité pour la vie sans l'autorisation de son mari) et de *The Oshawa Cabinet Co. v. Washburn* (6 L. N., p. 23 ; on y a décidé que la femme ne peut, sans l'autorisation maritale acheter des meubles de ménage).

y a autorisation suffisante du mari quand la femme se déclare "dûment assistée et d'abondant autorisée" sans dire par qui, le mari comparaissant à l'acte pour déclarer qu'il ne sait signer, après lecture faite. La cour d'appel a également jugé, dans la cause de *Crevier & Rocheleau* (16 L. C. R., p. 328), qu'un contrat par une femme mariée sans autorisation par le mari donnée par l'acte même contenant le contrat n'est pas valable. Mais évidemment, le consentement par écrit du mari donné antérieurement au contrat, suffirait aux termes de l'article 177. Dans une autre cause, celle des *Commissaires d'école de Sorel v. Crébassa* (9 L. C. J., p. 23), la cour de revision a jugé que le dire du shérif, dans son rapport du bref *de terris*, que la femme séparée de biens devenue adjudicataire était autorisée par son mari, alors présent, n'est point suffisant, sans la production d'une autorisation écrite et précise. Enfin, dans la cause de *Johnston v. Scott* (3 L. N., p. 171), on a jugé que le fait par le mari d'endosser un billet à ordre signé par sa femme constitue de sa part une autorisation suffisante.]] *(a)*

II. Des actes judiciaires. — La femme ne peut point, sans autorisation, *ester en justice (stare in judicio)*, c'est-à-dire plaider, figurer comme partie dans un procès.

La règle est générale. Elle s'applique :

1° Sous quelque régime que la femme soit mariée, [[sauf, comme le dit l'article 176, que la femme séparée de biens peut ester en justice quand il s'agit de simple administration. Cette exception tirée de l'ancien droit français n'existe pas en France.]]

2° A toute espèce de différends.

3° Alors même que la femme plaide contre son mari. Ainsi, lorsqu'elle forme une demande contre lui, elle ne peut le faire qu'en vertu de son autorisation, ou de celle de la justice. — Toutefois, lorsqu'elle veut former une demande en *séparation de corps* ou *de biens*, elle peut, sans aucune autorisation, présenter la *requête* qui doit précéder sa demande ; quant à la *demande* elle-même, elle la forme, non point avec l'autorisation de son mari, mais avec l'autorisation du tribunal *(b)*.

(*a*) Voir sur cette question de l'autorisation maritale et de la forme dans laquelle elle doit se donner, un arrêt de la cour de cassation du 26 juillet 1871, Sirey, 1871. 1. 65, et surtout l'importante note qui l'accompagne.

(*b*) Dans notre pratique, elle demandera cette autorisation par les conclusions de sa requête. Voir, au reste, les art. 972, 986 C. P. C.

[[On décide, en France, que lorsque le mari poursuit sa femme, cette dernière doit être tenue pour autorisée tacitement, par cela seul que son mari l'attaque. Si, au contraire, c'est elle qui actionne son mari, elle sera encore considérée comme autorisée tacitement si son mari accepte le débat et conclut sur le fond. En ce sens, cass. 18 mars 1878, Dalloz 78. 1. 201, Sirey 78. 1. 193 (M. Baudry-Lacantinerie, n° 627).]]

4° Quelque rôle qu'elle ait dans l'instance, c'est-à-dire soit qu'elle agisse comme *demanderesse*, soit qu'elle agisse comme *défenderesse*.

Sous ce dernier rapport cependant une exception a été admise : l'autorisation n'est point nécessaire lorsque la femme est défenderesse *en matière criminelle, correctionnelle* ou de *police*.

Quel est le motif de cette exception ?

La défense, a-t-on dit, est *de droit naturel*, rien ne doit l'entraver.

Mais la défense n'est-elle pas aussi de droit naturel en matière civile ?

Le mari, a-t-on dit encore, ne peut point, par son refus d'autorisation, empêcher l'action de la société qui poursuit la réparation d'une infraction aux lois.

Mais le mari peut-il donc, en matière purement civile, empêcher, par son refus, l'exercice des actions civiles auxquelles sa femme est soumise ?

Voici, si je ne me trompe, la véritable pensée de la loi.

En matière civile, le mari et la justice peuvent, dans certains cas, refuser *justement*, *utilement*, l'autorisation que sollicite la femme de plaider comme défenderesse : car il se peut que sa défense soit le résultat d'un entêtement ridicule et injuste. Ce refus d'autorisation amènera contre elle une condamnation par défaut, car la femme défenderesse sans autorisation est réputée défaillante ; mais cela ne vaut-il pas mieux qu'une condamnation contradictoire, après beaucoup de temps perdu, et avec des frais énormes à supporter ?

Il n'en est pas de même lorsque la femme est défenderesse *en matière criminelle* ; dans ce cas, elle a toujours intérêt à se défendre, ne fût-ce que pour faire diminuer la peine qu'elle doit encourir. Sa défense étant dans tous les cas utile et juste, on ne peut pas la forcer de se laisser condamner par défaut ; or, si

l'autorisation de se défendre ne peut *en aucun cas* lui être refusée justement, à quoi bon la demander (1) ?

Revenons à notre règle.

Une fille ou une veuve majeure est engagée dans un procès ; elle se marie : — l'autorisation est-elle nécessaire ? On distingue :

L'affaire est-elle en état au moment du mariage : le changement qui s'est opéré dans la capacité de la femme est un fait indifférent. Le rôle des parties et de leurs procureurs étant achevé et la défense complète, rien ne peut plus retarder le jugement. Dès lors, il n'est besoin d'aucune autorisation (articles 434, 435 code de procédure civile).

---

(1) Lorsque la femme a commis un délit ou un crime, deux actions, *l'action publique* et *l'action civile*, existent contre elle [[en France.]]

Elle peut, sans aucune autorisation, défendre à *l'action publique*. En est-il de même quant à *l'action civile ?* N'y peut-elle, au contraire, valablement défendre qu'autant qu'elle a été autorisée ? On distingue :

Si la partie civile agit en même temps que le ministère public et devant le tribunal criminel, la femme ainsi poursuivie n'a pas besoin d'autorisation : la loi, qui la déclare capable de se défendre, quant au fait principal, l'habilite par là même quant aux conséquences de ce fait : *accessorium sequitur principale.* — La partie civile, par les preuves qu'elle fournit, aide d'ailleurs le ministère public à prouver le délit : il faut donc que la femme puisse se défendre contre elle. — L'art. 359 du code d'instruction criminelle confirme ce système. Il dit, en effet, que la partie civile peut former sa demande à l'audience même où s'agite l'action publique, jusqu'au jugement, et, par conséquent, *au dernier moment de la procédure ;* or, cette faculté serait entravée, il serait même souvent impossible d'en user, s'il fallait, pour cela, assigner préalablement le mari en validité de la demande formée contre la femme.

Si, au contraire, la partie civile forme sa demande devant le tribunal civil, la femme n'y peut défendre qu'autant qu'elle est autorisée : alors, en effet, on ne peut plus dire qu'elle est poursuivie *au criminel.*

— Une troisième hypothèse est possible. La femme peut être poursuivie devant le tribunal correctionnel par la partie lésée, sans l'être par le ministère public (art. 145 et 182 code instr. crim.) : a-t-elle, dans ce cas, besoin d'une autorisation ? " Oui, sans aucun doute, a-t-on dit : car, dans l'espèce, l'action est exclusivement civile, et rien n'empêche la partie lésée d'assigner, aux fins d'autorisation, le mari en même temps que la femme."

J'aime mieux la négative. Le tribunal correctionnel saisi de l'action civile doit, avant d'accorder les dommages et intérêts réclamés par la partie lésée, constater le délit. Cette constatation peut amener contre la femme une condamnation correctionnelle : car le ministère public qui est présent peut immédiatement conclure à l'application de la peine. Or, du moment que la femme est exposée à subir une peine, elle n'a pas besoin d'autorisation pour se défendre (Val., *Explic. somm.*, p. 123 ; Dem., t. I, n° 299 *bis*, III ; M Demol., t. II, n° 143). [[Je laisse cette note car la question débattue est importante, il arrive, en effet, à nos tribunaux repressifs inférieurs de condamner une partie à payer des dommages. Le lecteur saisira facilement ce qu'il y a là d'inapplicable à notre organisation judiciaire.]]

L'affaire n'est-elle point en état : le rôle des parties n'étant point, dans ce cas, terminé, l'affaire ne peut plus marcher régulièrement tant que la femme n'a pas été autorisée à la continuer. [[C'est le cas de la reprise d'instance, art. 437 C. P. C.]].

Toutefois, les procédures peuvent être utilement continuées sans autorisation, tant que le mariage n'a pas été notifié à l'adversaire de la femme : car il n'est pas tenu de savoir qu'elle a changé d'état (art. 436 code de procédure).

La femme engage un procès ; le mari donne son autorisation : quelle en est l'étendue ? La femme peut-elle, sans autorisation nouvelle, plaider *en appel ?*

Si l'autorisation est expressément limitée à tel ou tel degré de juridiction, à tel ou tel recours, il est évident qu'elle n'a qu'un effet limité et restreint au degré et au recours textuellement prévus. Ainsi, par exemple, la femme qui est autorisée à plaider *en première instance* ne peut point, sans une autorisation nouvelle, plaider *en appel.*

A l'inverse, si l'autorisation est expressément donnée *in omnem causam,* c'est-à-dire pour suivre le procès dans toutes ses phases, la femme qui l'a obtenue peut, sans autorisation nouvelle, ester en appel (1).

Mais que décider si l'autorisation n'est, dans ses termes, ni restreinte au premier degré, ni étendue à toutes les phases du procès, lorsqu'elle est, par exemple, conçue en ces termes : *pour suivre tel procès, pour former telle demande ?*

Il faut, je crois, résoudre la question par une distinction :

La femme qui a obtenu cette autorisation n'a pas besoin d'être autorisée de nouveau pour *ester en appel :* car l'appel ne constitue point une affaire nouvelle : ce n'est rien autre chose que *la suite* ou plutôt *la continuation* devant une juridiction supérieure d'une affaire qui a déjà été jugée par un tribunal d'un degré inférieur.

La requête civile (art. 505, C. pr.), constitue, au contraire, une affaire vraiment nouvelle : car le procès qui a subi et épuisé les [[divers]] degrés de juridiction est réellement terminé. La femme ne pourra donc point, sans une autorisation nouvelle, ester en requête civile (2) *(a).*

---

(1) *Contra,* M. Laurent, t. III, n° 149.

(2) Comp. M. Demol., t. II, n°s 285 et suiv.

(*a*) Mourlon décide la même chose quant au recours en cassation. J'ai retranché cette partie comme étant inapplicable dans notre droit. Voir, sur ces questions, M. Baudry-Lacantinerie, n° 627.

[[Remarquons, à cet égard, qu'il y a deux espèces d'autorisation : l'autorisation expresse et l'autorisation tacite. La première doit de toute nécessité précéder l'action (car nous ne parlons pas maintenant de la défense), l'autre se fait par la comparution du mari pour autoriser sa femme, c'est l'*assistance* dont parle l'art. 176. Quand il s'agit de poursuivre une femme, on met son mari en cause à l'effet de l'autoriser et alors peu importe que le mari comparaisse ou non, peu importe même qu'il refuse formellement son autorisation, la femme pourra être condamnée, mais elle ne pourra contester l'action sans y être autorisée soit par son mari, soit, à son défaut ou sur son refus, par le juge. Voyez, en ce sens, la cause de *Marmen v. Brown et vir.*, ci-dessous.

Jurisprudence. — Je ferai maintenant une courte revue de la jurisprudence sur ce sujet, en écartant les décisions qui ne font qu'affirmer la disposition de l'article 176.

Cas où l'autorisation maritale n'est pas requise. — Dans les espèces qui suivent, on a jugé que l'autorisation maritale n'était pas requise.

Quand la femme séparée de biens fait une procédure judiciaire pour la conservation de ses biens mobiliers, par exemple en portant opposition à leur vente sur saisie-exécution : *Cary v. Ryland* (3 L. C. R., p. 132), et *Owens v. Laflamme* (24 L. C. J., p. 207).

Quand le mari poursuit sa femme : *Lussier v Archambault*, (11 L. C. J., p. 53), et *Sanfaçon v. Poulin* (13 Q. L. R., p. 53).

Quand le mari est mis en cause, mais ne soutient pas sa femme et que celle-ci conteste l'action : *Bonneau v. Laterreur* (1 Q. L. R., p. 351). Pourtant, dans une cause récente de *Marmen v. Brown et vir.* (R. J. Q., 5 C. S., p. 245), le juge Routhier a jugé que lorsque, dans une action en dommages contre mari et femme communs, le premier déclare qu'il n'entend pas assister ni autoriser sa femme, toutes les procédures subséquentes faites par celle-ci, sans autorisation maritale ou judiciaire, sont nulles et doivent être rejetées du dossier pour défaut d'autorisation à ester en justice. Dans cette dernière cause, le juge Routhier a dèclaré que la décision dans *Bonneau v. Laterreur* n'avait pas fait jurisprudence, et que les autorités y citées n'ont pas d'application dans notre droit. La décision dans la cause de *Marmen v. Brown et vir* me paraît conforme à la doctrine véritable. Remarquons qu'il ne s'agit que du cas où la femme veut *contester* l'action. Si elle ne comparaît pas, elle pourra être condamnée par défaut malgré que son mari refuse son autorisation, pourvu, toutefois, que ce dernier soit en cause.

Quand le mari et la femme sont tous les deux poursuivis et comparaissent et plaident séparément, mais par le même procureur : *McCormick & Buchanan*, en appel (16 L. C. J., p. 243).

Quand la femme est poursuivie en sa qualité de curatrice à son mari interdit : *Lemieux v. Forcade* (2 R. L., p. 626).

Quand la femme, poursuivie comme veuve, prétend par exception à la forme qu'elle est sous puissance de mari, elle peut faire cette exception sans autorisation, mais avant d'adjuger sur icelle, la cour ordonnera que le mari soit mis en cause : *Smith v. Chrétien* (23 L. C. J., p. 8).

Quand la femme séparée de biens est marchande publique et qu'elle poursuit pour des faits relatifs à son commerce : *Méthot v. Dunn* (M. L. R., 1 S. C., p. 224 et 12 R. L., p. 634). Dans l'espèce, la demanderesse, sans l'assistance de son mari, poursuivait le défendeur, propriétaire d'un journal, pour y avoir écrit que la société commerciale, dont la demanderesse faisait partie, était insolvable. Le défendeur opposa par exception à la forme le défaut d'autorisation maritale. Le *considérant* suivant donne la portée du jugement : " Considérant qu'en vertu des dispositions de " cet article 176, la demanderesse, séparée de biens d'avec son " mari, peut diriger seule les actions qui dépendent de la jouis- " sance et de l'administration de ses biens, comme poursuivre ses " débiteurs et ceux qui la troublent dans cette jouissance " *(a)*.

Quand on poursuit la femme séparée de biens sur un billet qu'elle a donné à ses créanciers, pour obtenir la radiation d'une hypothèque grévant un de ses immeubles, vû que la signature de ce billet ne constitue qu'un acte d'administration pour lequel la femme n'avait pas besoin d'autorisation : *Dudevoir v. Archambault* (12 R. L., p. 645).

Quand une femme séparée quant aux biens poursuit pour des loyers : *Desmarteau v. Baillie* (3 L. N., p. 100).

Quand la femme séparée de biens poursuivie pour le recouvrement d'une créance, appelle en garantie un tiers qui s'est engagé à payer cette créance pour elle : *Marcou v. Phillips* (18 R. L., p. 574).

(*a*) Les rapports contiennent deux arrêts dans lesquels on a jugé que la femme marchande publique ne peut poursuivre sans l'autorisation de son mari. Ce sont les causes de *Young v. Feehan* (2 R. de L., p. 437) et de *Lynch v. Poole* (M. C. R., p. 74). Dans la dernière cause, la femme était commune en biens et il n'est pas douteux que, dans ce cas, il lui fallait l'autorisation maritale. Quant à la femme séparée de biens, les termes de l'article 176 " quand même elle serait non-commune ou marchande publique," sont qualifiés par l'exception portée dans la seconde partie de cet article.

Quand la femme est poursuivie pour contravention à l'acte des licences : *Ruckwart v. Bazin* (19 R. L., p. 655).

Mode de l'autorisation maritale. Le défaut d'autorisation peut-il être couvert? — D'autres décisions se rapportent au mode de l'autorisation ainsi qu'à la question de savoir si le défaut d'autorisation peut se couvrir.

Dans la cause de *McCormick & Buchanan* (2 R. L., p. 733), la cour d'appel a jugé que l'assistance du mari à une demande judiciaire constitue une autorisation suffisante à la femme de poursuivre ses droits, sans les mots "autorisé par son dit mari à l'effet des présentes."

Dans la cause de *Thomas v. Charbonneau* (M. L. R., 1 S. C., p. 253), la cour de revision a décidé que le défaut d'autorisation de la femme mariée pour ester en justice doit être plaidée par exception à la forme, et que cette informalité est couverte par la comparution du défendeur et son défaut d'invoquer le défaut d'autorisation dans le délai de la loi ; qu'il faut procéder par exception à la forme, même dans le cas où la demanderesse allègue qu'elle est autorisée et que le défendeur nie le fait de cette autorisation ; qu'un plaidoyer au fond contenant ces moyens sera rejeté sur motion. Cette décision fut rendue en 1880 par les juges Torrance, Rainville et Jetté. Le juge Rainville discute avec une grande lucidité toute cette question d'autorisation de la femme. Il soutient notamment que l'autorisation maritale nécessaire à la femme pour ester en justice peut intervenir, même après que l'instance a été introduite, et en tout état de cause, pourvu que ce soit avant jugement; que le tribunal ne peut lorsque la femme est demanderesse la déclarer d'office ou même sur les conclusions du défendeur, non-recevable, faute d'autorisation, il ne peut que surseoir.

Cependant, dix ans plus tard, la même cour de revision, composée cette fois des juges Johnson, Jetté et Mathieu, a décidé dans la cause de *Lamontagne v. Lamontagne* (M. L. R., 7 S. C., p. 162) : — 1° qu'une action pour faire casser un testament n'est pas une matière de simple administration, et que la femme séparée de biens ne peut intenter une semblable action sans l'autorisation de son mari ; 2° qu'il ne suffit pas que la femme allègue dans sa déclaration qu'elle est autorisée par son mari, mais que ce dernier doit être partie à l'action ou donner son consentement par écrit ; 3° que le défaut d'autorisation est une nullité

radicale qui ne peut se couvrir par la ratification ou le consentement du mari donné subséquemment *(a)*.

Le juge Jetté a longuement discuté cette question et vu l'importance de la matière, le fait que ce juge faisait partie du tribunal dans la cause de *Thomas v. Charbonneau* et que la jurisprudence consacrée dans la cause de *Lamontagne v. Lamontagne* a reçu la sanction de la cour d'appel, je puiserai largement dans ses remarques. D'ailleurs, l'exposition de cette question importante est si claire et lucide et, j'ajouterai, si conforme à la véritable doctrine, que le lecteur ne trouvera pas la citation trop longue.

Le juge Jetté établit, comme point de départ, que le code civil " pose, " comme règle fondamentale, dans la matière qui nous " occupe : *l'incapacité de la femme mariée.* Sous quelque " régime qu'elle ait contracté mariage, — communauté, exclusion " de communauté ou séparation de biens, — la femme, comme " règle, est incapable.

" On compare quelquefois cette incapacité à celle du mineur, " mais elle est bien différente.

" La loi ne déclare le mineur incapable, qu'à raison de sa " faiblesse, de son inexpérience, elle le protège contre ceux qui " pourraient profiter de cette inexpérience et elle le rend incapable " de faire des contrats désavantageux. Mais elle ne le prive pas " de toute capacité, au contraire, et chaque fois que le mineur " agit sagement, et fait un contrat favorable, la loi tient ce contrat " pour bon et lie celui qui s'est obligé envers le mineur.

" L'incapacité de la femme ne découle pas de la même source, " c'est dans la puissance maritale qu'on en trouve le principe. " C'est parce que la femme est soumise à la puissance maritale " qu'elle est incapable. Aussi ne peut-elle rien faire sans l'auto- " risation de son mari, ni un contrat désavantageux, ni même un " contrat favorable. Ainsi, elle ne peut accepter une donation " sans autorisation.

" Or, sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme est " soumise à la puissance maritale, et par conséquent elle est " incapable.

" Mais à cette règle, la loi fait une exception : elle lui permet, " lorsqu'elle est séparée de biens, de faire — sans autorisation — " non pas tous les actes ou contrats, mais simplement ceux qui " concernent l'administrations de ses biens.

(a) Le juge Mathieu, croyant que l'autorisation n'était pas requise dans l'espèce, a fait enregistrer son dissentiment.

" Ces principes étant posés, voyons maintenant comment ils " s'appliquent dans l'espèce qui nous est soumise.

" Trois questions se soulèvent en cette cause :

1° " Quelles sont les actions qu'une femme séparée de biens, " peut intenter, sans l'autorisation de son mari ou de la justice ?...

2° " En quelle forme se donne l'autorisation, lorsqu'elle est " requise ?

3° " Le défaut d'autorisation peut-il être couvert par une " intervention ou ratification subséquente du mari ?

1° " Quelles sont les actions qu'une femme séparée de biens " peut intenter, sans l'autorisation de son mari ou de la justice ? "

Le savant juge cite l'article 176 et continue :

" Cet article est le seul, dans tout le code, qui détermine la " capacité de la femme *à ester en justice.*

" Lorsqu'il s'agit de la capacité de *contracter* il en est autre- " ment : le code l'énonce dans trois articles séparés : les art. 177, " 1318 et 1422.

" Or, il y a une différence assez marquée dans la rédaction de " ces divers articles. Ainsi, tandis que l'article 177 reproduit " exactement l'ancien droit, et parle simplement des actes *d'admi-* " *nistration*, comme étant les seuls permis à la femme séparée " de biens, l'art. 1318,— qui reproduit à la lettre l'art. 1449 du " C. N.,— dit que la femme séparée reprend la LIBRE adminis- " tration de ses biens et qu'elle peut *disposer* de son mobilier et " l'*aliéner ;* et l'art. 1422, — copié de l'art. 1536 du C. N.,— dit " que : ' Lorsque les époux ont stipulé, par leur contrat de mariage, " ' qu'ils seront séparés de biens, la femme conserve l'ENTIÈRE " ' administration de ses biens meubles et immeubles, et la *libre* " ' jouissance de ses revenus '.

" Les articles 1318 et 1422 semblent donc aller plus loin que " l'art. 177, ils affirment plus énergiquement la capacité de la " femme *pour contracter.*

" La même différence a été signalée en France entre l'article " 217 — qui correspond à notre article 177 — et les articles 1449 " et 1536. "

Le juge Jetté cite Troplong, *Mariage*, t. 2, n° 1410, et Demolombe, t. 4, n° 164, et continue :

" La doctrine et la jurisprudence s'unissent donc, en France, " pour restreindre la portée des articles 1449 et 1536 du C. N. " — c'est-à-dire de nos articles 1318 et 1422 — et pour faire " prévaloir la disposition de l'art. 217 qui, comme le dit si bien " Troplong, est un *article principe.* "

Le savant juge adopte cette interprétation et passant à examiner la capacité de la femme pour ester en justice, ajoute :

" Sous l'ancien droit, on n'avait fait aucune différence entre la " capacité de s'obliger et celle d'ester en justice. Le code Napo- " léon, au contraire, inaugure un système tout différent, et tout " en maintenant la capacité de la femme séparée quant aux " obligations relatives à l'administration de ses biens, il lui enlève " absolument la capacité d'ester en justice, même pour des " demandes se rapportant à cette administration...

" Il est évident que notre code n'a pas été aussi loin ; cepen- " dant, il a, sous ce rapport, déterminé la capacité de la femme " séparée de la manière la plus précise en la limitant aux actes " de *simple administration.*"

Le juge Jetté examine quels sont ces actes de simple administration, plus spécialement quant à la question agitée dans l'espèce, la demande en nullité de testament, et passe ensuite à la deuxième question :

2° " L'autorisation étant requise en quelle forme doit-elle se " donner ?

" L'article 177 du code nous donne les deux seuls modes d'au- " torisation de la femme par le mari :

" Le concours du mari dans l'acte ; et 2° le consentement *écrit* " du mari."

Et après avoir cité Merlin, Repertoire, v° *Autorisation maritale*, sec. 6, art. 3, § 4, qui enseigne que le jugement intervenu dans une cause où la femme a plaidé sans être autorisée peut être annulé, le juge Jetté ajoute :

" Nous irons plus loin et nous dirons que sous l'empire de " notre code, non-seulement ce jugement pourrait être annulé, " mais qu'il est *radicalement nul.* Et c'est ce que nous allons " établir en examinant la 3e question."

3° " Le défaut d'autorisation peut-il être couvert par une " intervention ou ratification subséquente du mari ?

" Il est de principe que l'autorisation maritale ne peut se donner " qu'à deux époques déterminées, *avant* ou *au moment même* de " l'acte que le mari autorise. L'autorisation doit donc être *anté- " rieure* ou *concomitante*, postérieure elle est sans effet."

Ainsi donc, voilà la véritable doctrine expliquée à l'encontre de celle qui a été énoncée dans *Thomas v. Charbonneau.* L'autorisation doit se donner au moment de l'action, ou bien le mari doit être partie à la demande aux fins d'assister sa femme. Quand le mari n'est pas partie à l'action, il faudra prouver son autorisation. Mais l'autorisation pour plai-

der doit-elle être donnée *par écrit ?* Il n'y a pas de difficulté quant aux actes, l'art. 177, en effet, est formel. Mais l'art. 176 ne parle pas de consentement par écrit, il n'exige que *l'autorisation* ou *l'assistance* du mari. L'art. 215 du code Napoléon est au même effet et M. Laurent (t. III, n° 125) en conclut que l'autorisation, dans ce cas, peut se manifester par des faits et se prouver par témoins. Sans me prononcer sur cette question, je crois qu'il serait plus prudent d'apporter une preuve écrite de cette autorisation.

J'ai dit que la doctrine suivie par la cour de revision dans la cause de *Lamontagne v. Lamontagne* a reçu la sanction de la cour d'appel. Je fais allusion à l'arrêt récent rendu par cette cour dans la cause de *Peloquin & Cardinal* (R. J. Q., 3 B. R., p. 10). L'appelante, femme séparée de biens, qui s'opposait à la vente de ses immeubles saisis sur son mari, était désignée comme femme séparée de biens dûment autorisée par son mari. Ce dernier n'était pas partie à l'opposition et aucune preuve d'autorisation ne fut apportée. L'opposition, cependant, fut contestée au mérite et fut renvoyée par la cour supérieure. Sur appel de ce jugement par l'opposante, la question du défaut d'autorisation fut soulevée pour la première fois à l'audition en appel. Cette objection fut fatale à la cause de l'appelante, car bien que se prononçant en sa faveur sur le mérite de l'opposition, la cour d'appel renvoya cette opposition, jugeant que le défaut de preuve de l'autorisation entraînait la nullité de toutes les procédures faites au nom de l'appelante et que la cour était tenue de prendre connaissance de cette nullité en tout état de cause.

Cas où l'autorisation maritale est requise. — Je citerai maintenant quelques arrêts où la nécessité de l'autorisation maritale a été affirmée.

D'abord, il y a la cause de *Lamontagne v. Lamontagne (a)* où elle a été requise dans le cas où la femme intentait une action en nullité de testament.

Il y a de plus la cause de *Duncan v. Foy et al.*, (M. L. R., 7 S. C., p. 186). La cour supérieure y a jugé que dans une action dirigée contre une femme séparée de biens, accompagnée de saisie-arrêt avant jugement, dans laquelle cette femme et son mari ont comparu conjointement par le même procureur, la femme ne pourra pas subséquemment présenter sans autorisation une requête pour faire casser la saisie-arrêt.

(*a*) *Supra*, p. 520.

D'ailleurs, quand la femme est défenderesse et que le mari est mis en cause pour l'assister, il importe peu qu'il comparaisse dans la cause ou non. La femme sera condamnée même quand le mari déclare formellement qu'il lui refuse son autorisation pour plaider à l'action. Voir, dans ce sens, *Roy v. Bétournay* (34 L. C. J., p. 203). Mais on suppose alors que la femme ne conteste pas l'action. Si elle voulait la contester, il lui faudrait l'autorisation maritale ou celle du juge. Voir, en ce sens, la cause de *Marmen v. Brown et vir.* (R. J. Q., 5 C. S., p. 245), citée ci-dessus, (p. 518), dans laquelle, contrairement à celle de *Bonneau v. Laterreur* (1 Q. L. R., p. 351), on a jugé que lorsque, dans une action en dommages contre mari et femme communs, le premier déclare qu'il n'entend pas assister ni autoriser sa femme, toutes les procédures subséquentes faites par celle-ci sans autorisation maritale ou judiciaire sont nulles et doivent être rejetées du dossier.

Enfin, dans la cause de *Catelli v. Ferland* (R. J. Q., 4 C. S., p. 375), on a jugé que, dans une demande de cession de biens adressée à une femme mariée, marchande publique, le mari de cette femme doit être mis en cause pour assister sa femme aux fins de la cession de biens, et que le défaut d'adresser la demande de cession au mari comme à la femme entraîne la nullité de toutes les procédures.]]

§ III. — *Des cas dans lesquels l'autorisation de justice peut et doit suppléer l'autorisation du mari.*

Il se peut : 1° que le mari, par caprice ou par quelque passion injuste, refuse, sans raison légitime, l'autorisation dont la femme a besoin pour passer un acte qu'elle a intérêt de faire ; 2° qu'il soit dans l'impossibilité physique ou légale de la donner. La faculté qu'a la femme de s'adresser alors à la justice, et de se faire autoriser par elle, à défaut de son mari, pare à ce double inconvénient. Ainsi, l'autorisation de justice peut suppléer à celle du mari :

1° *Lorsqu'il refuse* INJUSTEMENT *l'autorisation qu'on lui demande.* [[L'article 178 dit que " si le mari refuse d'autoriser " sa femme à ester en jugement ou à passer un acte, le juge peut " donner l'autorisation."]]

(*a*) Voir, comme affirmant le principe de l'article 177, les causes de *Blumhart v. Boule* (1 L. C. J., p. 63) et de *Méthot v. Perrin* (5 R. L., p. 695).

2° *Lorsqu'il est absent.* [[L'article 180 est en ces termes : " Si le mari est interdit ou absent, le juge peut autoriser la " femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter."]]

En est-il de même lorsqu'il est simplement *non présent ?* En principe, non : car la *non-présence* du mari ne constitue point l'*impossibilité* d'obtenir son autorisation. On peut attendre son retour ou lui écrire, puisqu'on sait où il est. Toutefois, si, en cas d'*urgence*, il était *impossible* à la femme d'avoir, en temps utile, l'autorisation de son mari, elle pourrait alors la suppléer par une autorisation de la justice. Cette solution est, à la vérité, contraire à l'article 180 du code civil, qui ne parle que du mari *absent ;* mais, ce texte n'étant point conçu dans un sens exclusif, on peut, en se fondant sur son esprit, l'appliquer toutes les fois qu'il y a *impossibilité constatée d'obtenir en temps utile* l'autorisation du mari. C'est, en effet, l'observation qui fut faite au Conseil d'État, lors de la discussion à laquelle a donné lieu le point que nous étudions (voy. Fenet, t. IX, p. 78) (1).

[[Dans la cause de *Dasylva v. Lizotte* (13 Q. L. R., p. 262), il a été décidé que la femme dont le mari est absent peut être autorisée par justice à ester en jugement, mais ce ne peut être que pour la poursuite des droits qui lui sont propres et non de droits appartenant à la communauté qui n'est pas dissoute et dont elle n'a pas l'administration.

Plus récemment, dans la cause de *Turcotte v. Nolet* (R. J. Q., 4 C. S., p. 438), la cour de revision a jugé que la femme dont le mari est aux Etats-Unis, dans un endroit inconnu, peut être autorisée par le juge à ester en justice, et que l'absence prévue à l'article 180 n'est pas celle définie à l'article 86 et ne doit pas nécessairement en réunir les conditions.

Lorsque le mari est mineur, on ne reconnaît la validité de son autorisation, en France, que pour les actes qu'il est capable de faire lui-même comme mineur émancipé. Dans les autres cas, la femme doit être autorisée par justice. Ici, au contraire, l'article 182, conforme en cela à l'ancien droit, donne à l'autorisation du mari mineur la même force que si ce mari était majeur. " Le " mari, quoique mineur", dit cet article, " peut, dans tous les cas, " autoriser sa femme majeure ; si la femme est mineure, l'autori-

---

(1) Dur., t. II, n° 506 ; Dem., t. I, n° 305 *bis* ; M. Demol., t. II, n° 214. — *Contra*, Marc., sur l'art. 222 ; MM. Aubry et Rau, t. V, § 472, note 39 ; Laurent, t. III, n° 127. [[Aussi M. Baudry-Lacantinerie (n° 640). Cela se fait tous les jours dans la pratique, par exemple, quand le mari est absent du pays pour cause de voyage.]]

" sation du mari majeur ou mineur ne suffit que pour les cas où
" un mineur émancipé pourrait agir seul. "

En France, on raisonne ainsi : le mari étant mineur, comment pourrait-il protéger les autres quand il est incapable de se protéger lui-même ? Comment pourrait-il donner à sa femme une capacité qu'il n'a pas lui-même ? A mon sens, c'est là raisonner à faux et confondre l'incapacité qui découle de la minorité et celle qui résulte de la condition de femme mariée. Le mineur est incapable parce qu'il est sans expérience, la femme, parce qu'elle est soumise à la puissance maritale. La puissance maritale n'est pas affectée par la minorité du mari. D'ailleurs, on ne peut pas dire que le mari communique à la femme la *capacité* de faire des contrats ; cette *capacité* elle l'a déjà si elle est majeure et non interdite. Il ne fait, par son autorisation, que relever l'empêchement à *l'exercice de cette capacité* qui résulte de la puissance maritale. Donc, quoiqu'il soit mineur, son autorisation suffit pour faire disparaître cet empêchement et la femme alors exerce sa capacité naturelle, tout comme si elle n'était point mariée.

Conformément à ces principes, le législateur dit, dans la seconde partie de l'article 182, que si la femme est mineure, l'autorisation du mari majeur ou mineur ne suffit que pour les cas où un mineur émancipé pourrait agir seul. Cela, encore une fois, est logique. L'autorisation du mari fait disparaître l'empêchement qui résulte de la puissance maritale, mais n'affecte pas l'incapacité dont la femme est frappée par suite de sa minorité. La femme, dans ce cas, n'aura, malgré l'autorisation du mari, que la capacité du mineur émancipé, car son mariage l'a émancipée. Ajoutons, toutefois, que les actes qu'elle fait avec l'autorisation du mari ne pourront être attaqués que par elle-même et qu'autant que ces actes lui causent préjudice, tandis que si elle était majeure et qu'elle n'eût pas pris l'autorisation de son mari, les actes en question seraient radicalement nuls et pourraient être attaqués non seulement par la femme, mais par tout intéressé.]]

3° *Lorsqu'il est interdit.* — Ajoutons, quoique la loi ne le dise pas expressément : lorsque, sans être interdit, il est placé dans une maison d'aliénés. En effet, il est alors, de même que l'interdit, privé de l'exercice de ses droits.

[[En France, on conclut]] par analogie que le mari qui est pourvu d'un conseil judiciaire ne peut point autoriser sa femme

à passer des actes qu'il serait lui-même incapable de faire pour son propre compte (voy. les art. 499 et 513 C. N.) (1).

[[La différence qui sépare notre droit du droit français sur cette question, m'autorise à rejeter cette dernière conclusion. Et cela pour deux raisons; d'abord l'article 180 ne parlant que des interdits, exclut nécessairement la classe de ceux qui ont reçu un conseil judiciaire, car aucune analogie n'existe entre les deux cas. Ensuite, il s'agit toujours, en France, de la communication par le mari à sa femme de la capacité qui manque à cette dernière, tandis qu'ici il n'est question que de la puissance maritale et de l'empêchement qu'elle forme à l'exercice de la capacité naturelle de la femme. Le fait que le mari a reçu un conseil judiciaire ne lui enlève pas la puissance maritale, et n'en affecte nullement l'exercice. Car cette puissance maritale et l'incapacité qui en résulte pour la femme, sont établis dans l'intérêt social et de l'ordre public, et du moment que le mari a l'exercice de ses facultés, il est forcément investi de cette puissance qu'il ne peut partager avec qui que ce soit; son autorisation est donc suffisante.

Je puis ajouter, comme d'ailleurs je l'ai dit ci-dessus, que quand le mari est frappé de mort civile, sa femme n'a plus besoin ni de son autorisation ni de celle de la justice. Le mariage se trouve alors dissous quant aux effets civils, et la femme peut exercer, nous dit l'article 36, § 8, les droits et actions auxquels la mort naturelle de son mari donnerait lieu.

Il y a un arrêt que je puis citer ici faute de pouvoir mieux le placer. C'est celui qui a été rendu dans la cause de *La banque de Toronto v. Perkins* (9 R. L., p. 562), où l'on a jugé qu'une femme mariée, séparée de biens, peut, avec l'autorisation du juge, accepter une obligation et hypothèque à elle accordée par son mari. Je ne vois pas la nécessité de l'autorisation judiciaire dans l'espèce. Le mari pouvait, dans ce cas, autoriser sa femme (voir *supra*, p. 504). D'ailleurs, la justice n'est appelée à intervenir que lorsque le mari refuse d'autoriser sa femme et lorsqu'il est absent ou interdit (articles 178, 180).

Je puis également citer l'arrêt rendu dans la cause de *Augé et al. v. Daoust* (R. J. Q., 4 C. S., p. 113) dans laquelle le juge Mathieu a jugé que le mari n'est pas responsable des frais de justice faits par sa femme, commune en biens avec lui, sans son

(1) MM. Val., à son cours ; Demol., t. II, n° 226 ; Aubry et Rau, t. V, § 472, note 45. — Suivant M. Laurent (t. III, n° 132), l'autorisation sera donnée par le mari assisté de son conseil.

autorisation, mais avec l'autorisation du juge. Cette décision est basée sur les termes formels des articles 1280 et 1290 du code civil.]]

§ IV. — *Des cas dans lesquels l'autorisation du mari ne peut pas être suppléée par celle de justice.*

L'autorisation judiciaire ne peut pas suppléer l'autorisation maritale :

1° *Lorsque la femme veut faire le commerce.* — Quand il s'agit d'un acte déterminé, la justice peut facilement l'apprécier et peser les conséquences qu'il pourra avoir : elle peut donc, lorsqu'il lui paraît nécessaire ou utile, et qu'en conséquence elle juge injuste le refus du mari, habiliter la femme à le faire. Il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit d'*un commerce* à entreprendre. Il s'agit alors non plus d'un acte *unique*, simple, dont on peut aisément se rendre compte, mais d'une *suite d'affaires*, d'actes réitérés et de natures différentes : il est donc impossible d'en déterminer à l'avance les conséquences. Qui peut dire jusqu'où elles iront ? Peut-être amèneront-elles la ruine totale de la femme. La femme qui demande à diriger des affaires aussi périlleuses doit être douée d'une grande expérience et de beaucoup de raison. Mais qui sera juge de ce point ? Les tribunaux n'ont point les éléments nécessaires pour le vérifier. Ce serait au hasard et, pour ainsi dire, en aveugles qu'ils accorderaient à la femme la capacité la plus compromettante ! C'est donc au mari seul, car lui seul peut le faire en parfaite connaissance de cause, qu'appartient le droit de juger si la femme est ou non capable de courir les chances périlleuses du commerce qu'elle veut entreprendre. De là la disposition de l'article 179 : *La femme ne peut être marchande publique sans* [[*l'autorisation expresse ou présumée de son mari.*]]

Quelques personnes ont proposé une distinction : lorsque le mari est présent et qu'il refuse son consentement, on conçoit que la justice ne puisse pas donner à la femme une autorisation qui pourrait amener la perte de sa fortune entière ; mais, quand il est absent, quand il est interdit, faut-il donc que son impossibilité de manifester sa volonté rende sa femme incapable d'une profession qui seule peut-être peut lui procurer sa subsistance, celle de ses enfants et de son mari (1) ?

(1) Dem., t. I, n° 302 *bis*, V : Marc., sur l'art. 220.

D'autres rejettent cette distinction. La règle établie par l'article 179 est absolue. La femme, y est-il dit, ne peut faire le commerce sans l'autorisation de son mari. On peut regretter sans doute que la loi n'ait pas fait la distinction qu'on propose ; mais enfin elle ne l'a pas faite : *dura lex sed lex* (1)

[[Cependant, on a permis, dans l'espèce désignée sous le titre de *Ex parte Gagnon* (4 L. N., p. 108), à une femme mariée de faire commerce quand son mari ne pouvait l'autoriser vu son absence.

J'ajouterai que M. Baudry-Lacantinerie, n° 641, ne se prononce pas sur la question. Il se contente de dire que plusieurs auteurs reconnaissent, à la justice, le droit d'autoriser la femme à faire commerce, quand le mari, pour cause d'impossibilité physique, morale ou légale ne peut donner cette autorisation. Cette solution, ajoute-t-il, est fondée sur des motifs d'utilité pratique beaucoup plus que sur des raisons de droit.

Le même auteur croit que l'autorisation de la justice ne pourrait pas suppléer le refus du mari d'autoriser sa femme à contracter un engagement théâtral ou peut-être, d'une manière générale, à exercer une profession quelconque. D'ailleurs, en supposant même que la justice pourrait autoriser la femme à contracter un engagement théâtral, le mari pourrait rendre cette autorisation vaine en changeant de résidence et en forçant sa femme à le suivre.

Remarquons, cependant, que notre article 179, pour favoriser le commerce, et pour protéger les créanciers de la femme qui s'est constituée marchande publique, consacre ici une exception à la règle générale qui veut que l'autorisation du mari soit donnée d'une manière expresse ou du moins que cette autorisation résulte du concours du mari à l'acte soit judiciaire soit d'une autre nature dont il s'agit. Le législateur dit que la femme ne peut être marchande publique sans l'autorisation expresse ou *présumée* du mari. Ainsi, il suffirait de circonstances moins concluantes que le concours du mari à l'acte de commerce pour prouver l'autorisation de ce dernier. L'article 179 ne s'explique pas sur la nature de cette autorisation présumée, ni sur les circonstances qui peuvent l'établir. La simple connaissance du fait, sans protestation de la part du mari, pourrait-elle faire présumer cette autorisation ? On répond affirmativement à cette question en France comme on le faisait sous l'ancien droit. On considère la femme autorisée du moment qu'elle fait le commerce au vu et su

(1) MM. Bravard, sur l'art. 4,C. comm. ; Demol., t. II, n° 248 ; Aubry et Rau, t. V, § 472, note 70.

de son mari. *Patientia mariti pro consensu est (a).* Il est, du reste, hors de doute que, si à cette connaissance du mari, viennent s'ajouter des actes de ce dernier, qui font voir qu'il a approuvé le commerce de sa femme, le mari sera non-recevable à prétendre que cette dernière a agi sans son autorisation. Ainsi, le mari a profité de ce commerce, il a vécu des profits que sa femme a réalisés, il a payé ses dettes, il a agi comme son commis ou représentant : son autorisation devra nécessairement se présumer. Je reviendrai sur cette question, *infra*, p. 539.]]

2° Lorsque, étant mariée sous un autre régime que celui de la séparation de biens, elle veut accepter une *exécution testamentaire* (voy. l'explic. de l'art. 906) *(b).*

§ V. — *Des cas dans lesquels l'autorisation du mari ou de justice n'est pas requise.*

La nécessité de l'autorisation du mari ou de justice ne s'applique point :

I. **Aux actes d'administration,** lorsque la femme s'est, par son contrat de mariage, réservé le droit d'administrer sa fortune en tout ou en partie.

II. **Au testament.** — Deux raisons ont fait admettre cette exception : 1° le testament devant être exclusivement l'œuvre de la volonté personnelle du testateur, il importe que la femme qui le fait soit libre de toute influence étrangère, ce qui n'aurait pas lieu si elle ne pouvait le faire qu'avec l'autorisation de son mari ; 2° le testament d'ailleurs ne porte aucune atteinte à l'autorité maritale, puisqu'il ne doit produire ses effets qu'à l'époque où elle aura cessé d'exister, c'est-à-dire au décès de sa femme *(c).*

III. **Aux droits que la loi lui confère directement et par une disposition formelle.** — Tels sont, par exemple : le droit de consentir au mariage de ses enfants (art. 119 et 120) ; et le droit d'accepter pour eux les donations qui leur sont offertes (art. 303 et 789) *(d).*

IV. **Aux actes conservatoires de sa fortune acquise**, pourvu qu'ils soient de telle nature qu'elle ne soit pas obligée pour les

(*a*) Sirey 1871, 1, 65, en note, 3e colonne. M. Baudry-Lacantinerie, n° 647.

(*b*) M. Baudry-Lacanvinerie (n° 641) ajoute à ces cas, celui auquel le mari refuse d'autoriser sa femme à compromettre. Il tire argument, cependant, de dispositions qui n'existent pas dans notre droit.

(*c*) L'article 184 qui énonce cette disposition se lit comme suit :
184. — "La femme peut tester sans l'autorisation de son mari."

(*d*) Voir *supra*, p. 511.

faire d'*ester en justice*, [[sauf, dans le cas des procès, le droit de la femme séparée de biens d'ester en justice dans des affaires où il s'agit de simple administration.]] Que lui défend, en effet, la loi ? 1° d'ester en justice, [[sauf l'exception ci-dessus]] ; 2° de faire des actes d'*aliénation* ou *acquisition ;* 3° de *s'obliger*. Mais là s'arrêtent ses prohibitions. La femme peut donc, à elle seule, pourvu qu'il ne s'agisse point d'*ester en justice*, [[en dehors des cas permis par la loi]], faire tous les actes qui ne renferment ni *acquisition*, ni *aliénation*, ni *obligation*, c'est-à-dire les actes simplement *conservatoires* de sa fortune acquise. C'est ainsi, par exemple, qu'elle peut faire une sommation à ses débiteurs, à l'effet de les constituer en demeure, ou un protêt pour assurer ses droits contre les endosseurs d'une lettre de change. La loi, quant à ces actes, lui permet d'agir seule, parce qu'ils sont de telle nature qu'ils ne peuvent que lui profiter, sans nuire jamais à son mari (1).

V. Aux obligations dont elle est tenue indépendamment de sa volonté, c'est-à-dire *qui lui sont* IMPOSÉES *par la loi*, — en d'autres termes, *aux obligations qui se forment* SANS *convention :* car c'est uniquement sa *volonté* qu'on a faite *dépendante :* tout ce qu'exige la loi, c'est que la femme qui est mariée ne puisse pas, par l'effet de sa volonté personnelle, s'obliger sans autorisation.

Cette cinquième exception comprend :

1° *Les obligations qui ont leur source dans ce principe d'équité ; personne ne doit injustement s'enrichir aux dépens d'autrui.* Ainsi, lorsque la femme emprunte sans autorisation une somme d'argent, elle n'est point, en principe, obligée de la rendre ; toutefois, si elle en a profité, si au lieu de la dissiper follement, elle l'a employée à des dépenses utiles ou nécessaires, par exemple au payement de ses dettes ou à la réparation de quelqu'un de ses biens, elle est tenue alors *dans la limite du profit qu'elle en a retiré.*

2° *Les obligations qui naissent de ses délits et quasi-délits.* — Que les obligations qu'elle contracte par *convention* soient annulables lorsqu'elle les contracte sans autorisation, rien de plus juste ! les tiers doivent s'imputer d'avoir contracté avec elle : ils supportent la peine de leur imprudence, s'ils n'ont point connu

(1) Ces actes sont valables sans doute ; mais la femme qui les a ordonnés sans autorisation est-elle valablement *obligée* de payer, à l'huissier qui les a faits, les frais qu'ils ont occasionnés ? J'admettrais l'affirmative. La capacité qu'elle a de faire l'acte lui-même emporte implicitement la capacité accessoire de faire ce qui est nécessaire pour l'accomplir : qui veut la fin veut le moyen.

son état ; de leur complicité, dans l'hypothèse contraire. — Les tiers qui ont souffert de ses délits ou de ses quasi-délits n'ont, au contraire, aucune faute à se reprocher : on ne peut pas, on ne doit pas laisser à leur charge un dommage dont ils n'ont pas pu se garantir.

Quant aux obligations qui naissent des *quasi-contrats*, une distinction est nécessaire.

La femme peut être valablement obligée par un quasi-contrat, lorsque le fait qui le constitue *émane d'un tiers*. Ainsi, lorsqu'en son absence, quelqu'un gère utilement ses affaires, elle est tenue de lui rembourser toutes ses dépenses, encore que le profit qu'elle en a retiré ait été détruit plus tard par un cas fortuit (art. 1043 et 1046).

Elle n'est pas obligée, au contraire, lorsque le fait qui constitue le quasi-contrat est le sien propre. Ainsi, lorsque, sans y avoir été autorisée par son mari, elle gère l'affaire d'une personne absente, elle n'est obligée ni envers les tiers avec lesquels elle a contracté en son nom pour le besoin de la gestion, ni même envers le *maître*, c'est-à-dire envers la personne dont elle a géré l'affaire, à moins toutefois qu'il ne soit démontré que la gestion dont elle s'est chargée a été imprudemment entreprise : car cette gestion constituerait alors une faute, c'est-à-dire un quasi-délit, qui l'obligerait envers le *maître* (1).

---

(1) Dem., t. I, n° 300 *bis*, V ; Marc, sur l'art. 217 ; Dur., t. II, n° 497 ; MM. Demol., t. II, n° 181 ; Aubry et Rau, t. IV, § 441, note 1. [[M. Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 1334.]]

Je ne saisis pas bien ce système. La femme qui, sans autorisation de son mari, gère l'affaire d'autrui, n'est pas obligée envers les tiers avec lesquels elle a contracté pour le besoin de sa gestion ; cela est de toute évidence. On ajoute qu'elle n'est pas obligée envers le maître ; c'est ce que je ne comprends pas. Et, d'abord, il est bien évident qu'elle est obligée de rendre les sommes ou valeurs qu'elle a reçues pour le compte du maître : autrement, elle s'enrichirait à ses dépens, ce que la loi ne permet point. Quant aux dommages qu'elle a causés en gérant mal ou en abondonnant intempestivement la gestion qu'elle a commencée, n'en doit-elle pas la réparation ? Cela me paraît évident encore : les fautes ou imprudences qu'elle a commises constituent un *quasi-délit ;* or les *quasi-délits* l'obligent ! Pourquoi d'ailleurs rendre le maître victime d'un dommage qu'il n'a pas pu prévenir ? La femme qui, sans autorisation de son mari, gère l'affaire d'autrui, s'oblige donc envers le maître, dans tous les cas où un gérant capable serait lui-même obligé. S'il en est différemment de la femme qui accepte un mandat, c'est que la personne qui le lui a donné doit s'imputer d'avoir confié ses intérêts à un incapable ; mais le même reproche ne peut pas être adressé au maître, puisque c'est à son insu que son affaire a été gérée. Comp. Val., *sur Proud.*, t. I, p. 463 ; MM. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. V, sur l'art. 1374 C. N., n° 9 ; Laurent, t. III, n° 101.

De même, si elle reçoit une somme ou toute autre valeur, qui ne lui soit pas due, elle n'est point tenue de la rendre si elle l'a dissipée de bonne foi : celui qui la lui a payée doit alors s'imputer la faute qu'il a commise.

§ VI. — *Quand et comment doit se donner l'autorisation du mari.*

I. Quand elle peut être donnée. — Elle peut l'être 1° *avant* l'affaire que la femme se propose de conclure ; — 2° *au moment même* où l'affaire se conclut.

Peut-elle l'être après que l'affaire est finie ?

[[La question est controversée en France. Mourlon (n° 792) dit que l'affirmative est soutenue par les meilleurs esprits. On se base sur la nature de la nullité qui entache l'acte fait par la femme sans l'autorisation de son mari. Le code Napoléon rend cette nullité relative et l'on dit que puisque cette nullité a pour cause l'atteinte portée à l'autorité du mari, ce dernier en donnant son autorisation après coup fait disparaître le vice qui affectait l'acte de sa femme.

Mourlon critique longuement cette doctrine, soutenant que la nullité est décrétée dans l'intérêt du mari et de la femme *(a)*. Sans me prononcer sur le mérite de cette controverse, qui serait oiseuse dans notre droit, je constaterai que chez nous l'acte fait par la femme sans l'autorisation de son mari est radicalement nul et qu'aucune ratification ne peut faire disparaître ce vice inné ; cet acte, c'est le néant et on ne ratifie pas le néant. C'est ce que le législateur a déclaré dans les termes les plus énergiques en disant que " le défaut d'autorisation du mari, dans les cas où elle est " requise, comporte une nullité *que rien ne peut couvrir* " (art. 183). Inutile de discuter en face d'une disposition aussi formelle *(b)*.

Mais il est bon de faire observer, au risque de me répéter et afin de faire bien saisir le principe de la loi, que la nullité de l'acte fait par la femme sans l'autorisation de son mari, est décrétée non à cause de la faiblesse ou de l'inexpérience de la femme, mais parce que cet acte porte atteinte à la puissance maritale, ce qui est une matière d'ordre public. Il convient d'ajouter qu'en pro-

---

(*a*) Voir M. Baudry-Lacantinerie, n° 639, dans le même sens.

(*b*) Voir ci-dessus la citation faite des remarques du juge Jetté dans la cause de *Lamontagne v. Lamontagne*, p. 521.

nonçant cette nullité, le législateur agit dans l'intérêt, non seulement du mari ou de la femme, mais de l'ordre public. C'est pour cette raison que la nullité est absolue et ne peut être affectée par la ratification du mari, qui n'est pas maître de renoncer à sa puissance maritale pas plus qu'il ne pourrait abandonner sa puissance paternelle.

Il est élémentaire d'ajouter que le mari qui a donné son autorisation peut la retirer. Alors, si la femme n'a pas mis cette autorisation à profit, elle se trouvera dans la même situation que si elle n'avait jamais été autorisée. Voir, dans ce sens, M. Baudry-Lacantinerie, n° 636.]]

II Comment elle peut être donnée. — Autrefois, et quant aux actes *extrajudiciaires*, l'autorisation devait être *expresse* ; l'autorisation *tacite* était nulle et de nul effet.

Il ne suffisait même pas que le mari déclarât *expressément* donner son *consentement*, son *approbation*, son *adhésion* à l'acte ; il fallait qu'il exprimât son consentement en employant les expressions sacramentelles *autoriser, autorisation* (1).

Il n'en est plus de même aujourd'hui.

1° Il n'est pas nécessaire que l'autorisation soit *expresse* ; elle peut n'être que *tacite* : l'article 177 la fait, en effet, résulter du *concours du mari dans l'acte*. Ainsi, lorsque le mari et la femme sont l'un et l'autre parties dans le même contrat, lors, par exemple, qu'ils empruntent conjointement ou solidairement une somme d'argent, lorsqu'ils achètent un bien en commun, ou, encore, lorsque le mari fait à la femme ou qu'il reçoit d'elle une donation *(a)*, l'acte est parfaitement valable, quoique le mari n'ait point *expressément* autorisé la femme à le faire : car ayant concouru à l'acte, il est présumé l'avoir approuvé. — Il est bien entendu, au reste, que le *concours du mari dans l'acte* n'emporte autorisation *qu'autant que cet acte suppose nécessairement* que le mari a eu connaissance de la participation de la femme à l'acte. Ainsi, lorsqu'un billet mentionne d'abord et uniquement l'obligation du mari, et que, sous la signature apposée par lui, la femme signe à son tour un engagement solidaire, ce concours des deux époux pour la même dette n'emporte point autorisation : car rien ne prouve que le mari ait connu, et par suite approuvé, l'engagement de la femme.

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n°s 68 et 69.

(*a*) Cependant remarquons que, dans notre droit, les époux ne peuvent se faire des donations (articles 770 et 1265). Mais un époux peut payer une dette à l'autre.

Le concours du mari dans l'acte est-il le seul fait duquel on puisse induire l'autorisation maritale? j'admettrai l'affirmative. La loi ne dit pas, en effet, d'une manière générale, que l'autorisation peut être *tacite*, et qu'ainsi on peut l'induire de toute circonstance propre à faire connaître la volonté du mari; elle a pris soin, au contraire, de déterminer, de préciser le fait auquel elle attache cet effet. Ce fait, c'est *le concours du mari dans l'acte.* En ajouter d'autres, ce ne serait pas interpréter la loi, ce serait la faire! Les rédacteurs du code ont pensé sans doute que *le concours du mari dans l'acte* est le seul fait qui, par lui-même, soit décisif. Les autres circonstances présenteraient toujours des incertitudes: on a dû les écarter pour ne pas ouvrir la porte aux procès. — Ainsi, il n'est point permis d'induire l'autorisation de cette circonstance que le mari a *connu*, *toléré* et même *conseillé* l'acte qu'a fait la femme (1) *(a)*.

2° L'autorisation a cessé d'être sacramentelle; le mari peut employer, pour la donner, les expressions qu'il juge propres à la manifestation de son consentement.

Peut-elle être donnée *verbalement* et *sans écrit?*

Pourquoi non? La loi, qui valide l'autorisation *tacite* résultant du concours du mari dans l'acte, ne peut rejeter comme inutile l'autorisation résultant d'une déclaration expresse. Il est vrai que notre article 217 déclare la femme incapable de contracter "sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement *par écrit*;" mais il n'est pas probable que la loi ait exigé l'écriture, comme une *solennité* dont l'absence rendrait l'autorisation vaine et sans effet, si certaine qu'elle fût d'ailleurs. Cette rigueur serait, en effet, en contradiction manifeste avec l'esprit général de notre code, qui, sauf quelques exceptions fort rares, n'exige aucune forme particulière pour la manifestation du consentement. La loi n'a voulu dire qu'une chose, savoir, que la preuve de l'autori-

---

(1) MM. Demol., t. II, n° 197; Laurent, t. III, n°s 123 et 124. [[Voir aussi M. Baudry-Lacantinerie, n° 638; cet auteur cite deux arrêts de la cour de cassation qu'il serait bon de consulter à cause des notes lumineuses qui les accompagnent. Dans l'espèce jugée par l'arrêt de la cour de cassation du 26 juillet 1871 (Sirey, 1871. 1. 65), le mari avait lui-même porté au créancier l'acte contenant l'engagement de sa femme. Mais la cour de cassation a écarté cette circonstance qui eût été décisive, si le principe de l'autorisation tacite du mari, autrement que par son *concours dans l'acte*, avait été admissible.]]

(*a*) Cependant, l'autorisation donnée à la femme de faire commerce peut se présumer et, partant, résulter de circonstances autres que le concours du mari à l'acte. Mais c'est là une exception consacrée par un texte formel. Voir *supra*, p. 530.

sation ne pourra point être faite *par témoins*, alors même que l'intérêt engagé dans l'affaire n'excéderait pas $50. L'autorisation est donc valable, indépendamment de l'écriture ; seulement, elle ne peut être prouvée, lorsqu'elle est *verbale*, que par l'aveu des parties ou par la délation du serment (1) *(a)*.

En résumé, l'autorisation peut être *expresse* ou *tacite*.

Expresse, c'est-à-dire *verbale* ou *écrite*. Lorsqu'elle est *verbale*, elle ne peut être prouvée que par l'aveu ou la délation du serment. [[Voir *supra*, p. 524, quant à l'autorisation de plaider.]]

Tacite, c'est-à-dire induite *du concours du mari dans l'acte*.

Mais qu'elle soit *écrite* ou *verbale*, elle doit être *spéciale*. L'autorisation *générale* est, en principe, nulle et de nul effet. Ainsi, il ne suffit point que le mari autorise sa femme vaguement à emprunter..., à transiger..., à aliéner ses immeubles ; il faut que l'autorisation qu'il donne soit *ad rem quœ agitur accommodata*, c'est-à-dire qu'elle s'applique à tel acte déterminé et spécifié, à tel emprunt, telle vente ou tel achat.

L'autorisation ne serait, en effet, qu'une vaine et inutile formalité si elle n'était donnée *en connaissance de cause;* or, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le mari apprécie l'acte qu'il va autoriser ; et pour qu'il puisse l'apprécier, et s'en rendre compte, il est indispensable qu'il soit déterminé et défini. L'autorisation générale ne serait au fond qu'une abdication de la puissance maritale !

[[Telle est, du reste, la disposition de l'article 181 qui dit que " toute autorisation générale, même stipulée par contrat de " mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de " la femme." Ce texte est conforme à celui de l'article 223 du code Napoléon. Il est en outre confirmé par l'article 1259 de notre code qui dit que les époux ne peuvent déroger, dans un contrat de mariage, aux droits résultant de la puissance maritale.

(1) Dem., t. I, n° 300 *bis*, VI ; MM. Aubry et Rau, t. V, § 472, notes 52 et 53 ; Demol., t. II, n° 193 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 636]]. — M. Valette estime que, " lorsqu'il s'agit de sommes ou valeurs n'excédant pas 150 francs, la preuve testimoniale devrait être admise pour prouver le consentement du mari " (*Cours de C. civ.*, t. I, p. 341). — A l'inverse, M. Laurent enseigne que l'autorisation expresse ne peut se prouver que par écrit (t. III, n° 118).

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 636, enseigne que même quand il s'agit, pour la femme, de faire un acte solennel, comme une donation, l'autorisation du mari ne participe pas à la solennité de l'acte. Ainsi, cette autorisation peut être donnée par simple lettre missive. Le même auteur n'admet la preuve de l'autorisation verbale que par l'aveu ou le serment de la partie ; il exclut la preuve testimoniale même lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit.

Toutefois, l'autorisation générale est valable lorsqu'elle n'est relative qu'aux *actes d'administration.* — On conçoit cette exception. L'administration d'un patrimoine se compose d'actes qui se répètent chaque jour : elle serait, par conséquent, impossible s'il fallait pour chacun d'eux que la femme obtînt le concours de son mari ou son consentement par écrit.

Cette autorisation générale peut être donnée par le contrat de mariage : elle se confond alors avec la séparation de biens totale ou partielle. Mais, *pendant le mariage*, on ne la conçoit plus. Et, en effet, de deux choses l'une :

La femme s'est-elle, par son contrat de mariage, réservé le droit d'administrer sa fortune : son mari alors n'a aucune autorisation à lui donner : car, aux termes de l'article 1422, elle est pleinement capable de faire seule tous les actes d'administration que nécessite la gestion de ses biens.

Le contrat de mariage confère-t-il, au contraire, au mari le droit d'administrer les biens personnels de la femme : il n'a encore aucune autorisation à lui donner : car il ne peut pas, en l'autorisant, habiliter la femme à *exercer* en son propre nom un droit qu'elle n'a pas.

Il peut, sans doute, lui donner *mandat* d'exercer le droit dont il est investi, la charger de faire pour lui et en son nom à lui les actes qu'il a droit de faire ; mais le *mandat* et l'*autorisation* sont deux choses qu'il ne faut pas confondre. Lorsque la femme fait un acte avec l'*autorisation* de son mari, elle agit pour son compte personnel : c'est son propre droit qu'elle exerce. Elle s'oblige alors sans obliger son mari, si ce n'est dans un seul cas, celui où ils sont mariés sous le régime de la communauté. Lors, au contraire, qu'elle fait un acte en vertu d'un *mandat* que lui a donné son mari, elle l'oblige sans s'obliger elle-même : car il est de principe dans notre droit que celui qui contracte comme mandataire oblige son mandant sans s'obliger lui-même (art. 1715) (1).

L'autorisation dont la femme a besoin pour faire le *commerce* n'est point régie par les règles du droit commun.

[[L'article 179 dit que " la femme, si elle est marchande pu-
" blique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce
" qui concerne son négoce, et en ce cas, elle oblige aussi son mari,
" s'il y a communauté entre eux.

---

(1) M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 347.

" Elle ne peut être marchande publique sans cette autorisation " expresse ou présumée "]] *(a)*.

1° [[L'autorisation dont la femme a besoin pour faire commerce]] doit nécessairement émaner du mari; l'autorisation de justice ne peut point la suppléer *(b)*.

2° Selon le droit commun, l'autorisation qui n'est pas expresse ne peut s'induire que d'un seul fait, *le concours du mari dans l'acte :* ainsi la circonstance que le mari a connu, approuvé ou même conseillé l'acte qu'a fait sa femme, n'emporte point autorisation. Il n'en est pas de même ici. L'autorisation peut être non seulement expresse, mais encore *tacite* dans le sens le plus général: on peut l'induire de *toute circonstance* propre à la démontrer. Ainsi, lorsque la femme fait un commerce sous les yeux de son mari qui ne s'y oppose pas, son silence est une approbation tacite qui vaut autorisation. Notre ancien droit, d'ailleurs si rigoureux à l'endroit de l'autorisation qu'il ne l'induisait même pas du concours du mari dans l'acte, se contentait cependant, quant au commerce fait par la femme, d'une autorisation tacite, c'est-à-dire de la simple tolérance du mari (1). Or, rien ne nous permet de penser que les rédacteurs du code aient innové sur ce point *(c)*.

Mais remarquez qu'il ne suffit pas, pour que la femme soit dite marchande publique, et, par suite, commerçante qu'elle fasse des actes de commerce au vu et au su de son mari; elle n'acquiert cette qualité qu'autant qu'elle fait le commerce, soit pour son propre compte, soit pour elle et pour son mari. Que si elle agit *uniquement* pour le compte de son mari, elle n'a d'autre titre alors que celui de commis ou de fille de boutique; elle n'est point *commerçante*. Telle est l'idée que la loi exprime, en ces termes, dans l'article 220 [[C. N.]]: " La femme n'est point marchande publique *lorsqu'elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari*, mais seulement quand elle fait un com-

---

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 22.

(*a*) Le code français, art. 229, au lieu du paragraphe 2 de notre article dont la disposition, du reste, est décrétée par le code de commerce, contient la disposition suivante:

" Elle (la femme) n'est pas réputée marchande publique, si elle ne " fait que détailler les marchandises de son mari, mais seulement " quand elle fait un commerce séparée." Je crois que cette distinction serait admise dans notre droit.

(*b*) Voir *supra*, p. 529.

(*c*) Notre article 179 contient, à ce sujet, la disposition expresse qui manque dans le code Napoléon et dans le code de commerce. Voir ce que j'ai dit de cette question, *supra*, p. 530.

merce séparé " (1) *(a)*. Nous verrons bientôt l'importance de cette distinction.

3° Selon le droit commun, l'autorisation doit être *spéciale*, elle ne peut être valablement donnée qu'en vue d'un acte déterminé et défini : l'autorisation *générale* n'est permise que pour *les actes d'administration*. L'autorisation de faire commerce est assurément une autorisation *générale*, puisqu'elle habilite la femme à faire, non pas seulement tel ou tel acte de commerce, tel emprunt, telle aliénation, mais une suite d'affaires dont il est dès à présent impossible de se rendre compte. La loi la tolère cependant. La célérité avec laquelle se traitent les affaires commerciales a dû faire admettre cette exception au droit commun (2).

[[Bien entendu que le mari peut retirer l'autorisation qu'il a donnée à sa femme de faire commerce et qu'alors la femme ne peut légalement continuer ce commerce. Mais cette révocation de l'autorisation maritale ne préjudiciera pas à ceux qui n'en ont pas reçu avis. L'arrêt de *May v. Cochrane* (20 R. L., p. 410), citée ci-dessous, est dans ce sens. Bien que l'autorisation puisse être tacite, je crois que la révocation devra être expresse.

L'article 981 du code de procédure civile, par une disposition qui est de droit nouveau, porte que " la femme séparée de biens " ne peut faire commerce avant d'avoir remis au protonotaire du " district et au registrateur du comté où elle veut faire commerce, " une déclaration par écrit énonçant son intention et contenant " ses nom, prénoms et ceux de son mari, et la raison sous laquelle " elle veut ainsi faire commerce. Cette déclaration est transcrite " et entrée dans les mêmes registres que celle relative aux sociétés " mentionnée dans le chapitre 65 des Statuts refondus pour le " Bas-Canada. — A défaut de se conformer aux prescriptions du " présent article, la femme séparée de biens, faisant commerce, " est passible d'une amende de deux cents piastres qui peut être " recouvrée devant tout tribunal civil compétent, par toute per- " sonne poursuivant tant en son nom qu'au nom du souverain, et " moitié de l'amende appartient à la personne poursuivant ainsi " et l'autre moitié au souverain, à moins que la poursuite ne soit " au nom du souverain seul, auquel cas, toute l'amende lui " appartient."

---

(1) Joignez l'art. 5 *in fine* du code de commerce.

(2) Une femme peut-elle être commerçante en vertu d'une clause de son contrat de mariage, de telle sorte que le mari ne pourrait pas retirer le consentement une fois donné de cette manière ? La négative nous paraît certaine. Voy. M. Val., *Cours de C. civ.*, t. I, p. 347.

(*a*) Voir ma note (*a*), p. 539, ci-dessus.

Remarquons, cependant, que dans la cause de *Ross v. Prud'homme* (6 L. N., p. 37), la cour de revision a jugé que cette pénalité ne s'applique pas au cas où la femme ne fait qu'un commerce très minine avec un fonds ne valant que quelques piastres. *De minimis non curat lex !*]]

Nous nous sommes jusqu'ici occupés des formes de l'autorisation maritale *quant aux actes extrajudiciaires.* Mais comment les choses se passent-elles lorsqu'il s'agit d'autoriser la femme à *ester en justice ?* On distingue :

Si la femme est *demanderesse*, le mari peut l'autoriser expressément, c'est-à-dire par écrit, ou tacitement, en intervenant au procès. [[Voir, cependant, ma remarque *supra*, p. 524.]]

Si la femme est *défenderesse*, le tiers qui la poursuit assigne en même temps son mari, à l'effet de l'autoriser. Le mari, ainsi mis en demeure, accorde son autorisation, soit expressément, par une déclaration écrite, soit tacitement, en intervenant au procès. S'il la refuse, [[le tribunal n'en condamnera pas moins la femme. Voir, dans ce sens, *Bonneau v. Laterreur* (1 Q. L. R., p. 351) et *Roy v. Bétournay* (34 L. C. J., p. 203). On décide dans ces causes que l'autorisation maritale n'est pas nécessaire. On conçoit cela quand il ne s'agit que de condamner la femme par défaut, mais on doit distinguer entre ce cas et celui où la femme conteste l'action dirigée contre elle. N'est-ce pas là ester en jugement ? et où prend-on l'autorisation du mari ? Assurément, on ne saurait l'inférer du fait que le mari a été assigné aux fins d'autoriser sa femme. Il convient d'ajouter que l'arrêt rendu dans la cause de *Roy v. Betournay*, citée plus haut, ne va pas plus loin que de décider que la femme peut être *condamnée* même quand le mari refuse de l'autoriser. Il faut donc tenir que si la femme veut se *défendre*, malgré le refus de son mari de l'autoriser, elle doit s'adresser à la justice *(a)*. Cette autorisation, la justice l'accordera généralement]] : car il lui est impossible de savoir, au seuil du procès, si la femme a ou non raison [[de contester l'action]]. Toutefois si à la seule inspection de l'affaire il était évident que la résistance de la femme n'est que le résultat d'un entêtement ridicule, le tribunal pourrait et devrait même

---

(*a*) Dans ce sens, voyez l'arrêt de la cour de revision dans la cause de *Marmen v. Brown et vir* (R. J. Q., 5 C. S., p. 245). Je l'ai citée plus haut, pp. 518, 525. Il y a, en sens contraire, la cause de *Bonneau v. Laterreur*, mentionnée dans le texte, mais cet arrêt me paraît contraire aux principes.

refuser de l'autoriser ; auquel cas elle serait réputée défaillante, et, par suite, condamnée par défaut (1).

§ VII. — *Des formes de l'autorisation judiciaire.*

[[Le code ne nous dit rien quant aux formes de l'autorisation judiciaire. En France, le code de procédure énonce, sur ce sujet, des règles qui manquent absolument dans notre droit. L'article 178 dit seulement que si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement ou à passer un acte, le juge peut donner l'autorisation. Le juge Loranger *(a)* indique ces formalités dans les termes suivants : " La forme voulue," dit-il, " est la présentation " d'une requête au juge, en chambre, (car l'autorisation appartient " à la juridiction volontaire), de la part de la femme, alléguant la " nécessité de l'acte, le refus du mari, et demandant l'autorisa- " tion judiciaire. Sur cette requête, le juge enjoint au mari de " montrer cause, et sur audition des parties ou sur défaut du " du mari de comparaître, le magistrat apprécie, et il accorde ou " refuse l'autorisation demandée, sans que son jugement soit sou- " mis à appel. Cette autorisation doit suppléer celle du mari, " dans tous les cas où la femme ne peut pas faire valablement " seule et sans son autorisation, l'acte en question dans la re- " quête " *(b)*.

Remarquons qu'on procéderait de même si le mari était absent ou interdit, mais il n'y aurait pas lieu à mettre le mari en cause ; dans ce cas, la femme prouverait son interdiction ou son absence, selon le cas.

Ajoutons que, comme l'autorisation du mari, celle du juge doit être spéciale ; une autorisation judiciaire générale ne vaudrait rien.]]

---

(1) Lorsque c'est le mari qui assigne la femme, il l'autorise implicitement à plaider contre lui ; et, si la femme, ayant succombé en première instance, interjette appel, il suffit que le mari prenne des conclusions sur le fond pour que la femme soit considérée comme autorisée. Arrêt de la cour de cassation, du 18 mars 1878 (Sir., 78, 1, 193).

(*a*) *Commentaires sur le code civil*, t. 2, n° 466.

(*b*) "Dans tous les cas" est un peu trop général. Nous avons vu ci-dessus, p. 529, qu'il y a des cas où la justice est impuissante à intervenir quand le mari a refusé son autorisation.

§ VIII. — *Des effets de l'autorisation du mari ou de justice.*

I. Des effets de l'autorisation du mari. — Étudions-les : 1° à l'égard de la femme ; 2° à l'égard du mari lui-même.

1° *A l'égard de la femme.* — L'autorisation maritale a pour effet de relever la femme qui l'obtient de l'incapacité dont elle est frappée *en sa qualité de femme mariée*, et, par suite, de la rendre aussi capable de l'acte pour lequel elle a été autorisée qu'elle le serait si elle était *fille* ou *veuve*. L'effet de l'autorisation est borné aux actes pour lesquels elle a été donnée. Ainsi, la femme autorisée à faire le commerce peut bien, sans autorisation nouvelle, faire tous les actes *qui concernent son négoce* ; mais, quant aux actes qui n'ont point ce caractère, elle reste incapable. On peut dire qu'il y a en elle deux personnes distinctes, une personne capable et une personne incapable : capable quant aux actes de commerce, incapable pour tous les autres. Pour elle, l'incapacité est encore la règle : ce n'est, en effet, que par exception, c'est-à-dire relativement *à certains actes*, qu'elle est capable. La question de savoir si les actes qu'elle a faits sans une autorisation spéciale sont ou ne sont pas valables, dépend donc de celle-ci : les actes *concernent-ils son négoce* ou *y sont-ils étrangers ?* Valables au premier cas, ils sont nuls au second (1).

---

(1) Cette distinction a fait naître une difficulté. Les actes passés par une femme mariée, marchande publique, sont-ils, lorsque leur nature n'indique point par elle-même dans quel but ils ont été faits, réputés relatifs ou réputés étrangers à son commerce ? En d'autres termes, est-ce à elle à établir, lorsqu'elle en demande la nullité, qu'elle les a faits dans un but étranger à son commerce, ou bien est-ce à son adversaire à prouver qu'ils s'y rapportent ?

Il faut, je crois, décider que tous les actes passés par une femme mariée, marchande publique, sont, jusqu'à preuve contraire, réputés étrangers à son commerce, toutes les fois que leur propre nature ne révèle point nécessairement leur caractère commercial.

La femme mariée, quoique marchande publique, est, en principe, incapable, son *incapacité* est *le droit commun* quant à elle. Ce n'est, en effet, que *relativement à certains actes*, aux actes concernant son commerce, qu'elle est incapable : sa *capacité* constitue donc pour elle une *exception*.

Lorsqu'on se trouve en présence du *droit commun* et d'une *exception*, ce n'est pas la règle qui a besoin d'être prouvée, c'est l'exception.

Or, la femme marchande publique qui demande la nullité d'un acte, en se fondant sur son incapacité, se place dans le droit commun. Elle n'a pas besoin de prouver la règle qu'elle invoque : sa preuve est toute faite ; elle est écrite dans la loi même, dans l'art. 177.

Son adversaire, en soutenant qu'elle a été *capable* de faire l'acte dont elle demande la nullité, invoque une exception : dès lors, c'est à lui à en faire la preuve.

[[Dans la cause de *Beaubien & Husson* (12 L. C. R., p. 47), la cour d'appel a jugé qu'un billet signé par une femme, sans le concours de son mari, est valable, cette femme prenant, à l'époque où le billet a été donné, la qualité de marchande publique. Sur la question de la responsabilité de la femme nous trouvons deux décisions contradictoires. Dans la cause de *Perrier v. Quinn* (8 L. N., p. 19), le juge Mousseau a décidé que la femme marchande publique ne peut se dégager de son obligation personnelle même en renonçant à la communauté. Elle est alors dans le cas d'une femme qui a souscrit une obligation avec l'autorisation de son mari *(a)*. D'un autre côté, dans la cause de *Bourgouin v. Roy* (M. L. R., 3 S. C., p. 168), le juge Jetté est arrivé à la conclusion qu'une femme mariée non séparée de biens et qui fait commerce comme marchande publique, ne s'engage pas personnellement, mais seulement comme commune *(b)*.]]

Il est vrai qu'aux termes de l'art. 638 du code de commerce, [[je laisse cette discussion qui pourra avoir son utilité au point de vue de nos lois commerciales,]] les billets souscrits par les commerçants sont *présumés faits pour leur commerce*. Mais cette présomption n'est pas applicable aux femmes marchandes publiques, et voici pourquoi :

Les présomptions légales sont de *droit étroit :* on ne peut ni par analogie, ni même par *à fortiori*, les étendre d'un cas à un autre (art. 1239).

La présomption de l'art. 638 du code de commerce a été établie pour résoudre une pure *question de compétence*, ainsi que le prouve la rubrique du Titre où il est placé. On suppose un billet souscrit par un commerçant *pleinement capable*. La question de *validité de l'obligation* n'est pas en cause : que l'obligation soit *civile* ou qu'elle soit *commerciale*, elle est valable. Mais, lorsqu'elle donne lieu à un procès, il importe de savoir si elle est *civile* ou *commerciale*, afin de déterminer le tribunal qui est compétent pour en connaître. C'est uniquement pour résoudre cette question qu'a été faite la présomption de commercialité dont nous parlons.

Or, dans notre espèce, la question à juger n'est plus une pure *question de compétence ;* c'est une question de *validité d'obligation :* donc, la présomption de commercialité, écrite *dans l'art. 638 du code de commerce, ne lui est pas applicable* (M. Bravard, sur l'art. 5, C. comm.). — *Contrà*, MM. Demol., t. II, n° 301 ; Val., *Explic. somm.*, p. 331, et *Cours de C. civil*, t. I, p. 342 ; Aubry et Rau, t. V, § 472, note 73 ; Demangeat, sur Bravard, t. I, p. 100).

(*a*) Dans cette même cause, il a été jugé que la femme qui tient une maison de pension est marchande publique.

(*b*) Le premier de ces deux arrêts contradictoires s'appuie sur les termes de l'article 179, le second sur la disposition de l'article 1374 qui dit que "la femme qui, pendant la communauté, s'oblige avec son " mari, même solidairement, est censée ne le faire qu'en qualité de " commune ; en acceptant, elle n'est tenue personnellement que pour " moitié de la dette ainsi contractée, et ne l'est aucunement si elle " rénonce." Il y a également l'article 1370 qui ne rend la femme responsable des dettes de la communauté, même en l'acceptant, que

2° *A l'égard du mari.* — La personne placée à côté d'un incapable pour le protéger ne s'oblige point lorsqu'elle l'autorise à faire un acte : *qui auctor est, non se obligat.* Ainsi, ceux qui ont contracté avec un mineur émancipé n'ont point d'action contre le *curateur* qui l'a assisté. Cette règle est applicable au mari : l'autorisation qu'il donne à sa femme n'a point d'effet contre lui, ne l'oblige point. Tel est le principe. Mais, quant au mari, des exceptions existent.

Ainsi : 1° lorsque le régime sous lequel il est marié lui attribue la *jouissance* des biens dont sa femme conserve la *propriété* (art. 1416 et 1421), l'autorisation qu'il donne pour les aliéner a un effet contre lui, en ce sens qu'elle le prive de la *jouissance* qu'il avait sur le bien aliéné (arg. tiré de l'art. 1555 C. N.) *(a).* Il peut, il est vrai, restreindre son autorisation au droit de propriété de sa femme ; mais, s'il la donne sans réserve expresse de son propre droit, il habilite par là même sa femme à faire une aliénation complète, c'est-à-dire de la *pleine propriété.*

2° Lorsqu'il est marié sous le régime de la communauté, le consentement qu'il donne aux actes de sa femme l'oblige directement lui-même et sur ses propres biens. Ainsi, lorsqu'elle emprunte une somme d'argent et qu'il l'autorise à cet effet, le paiement de l'obligation qu'elle contracte peut être poursuivi, non seulement sur ses biens personnels, mais encore sur ceux de la communauté et même sur les biens propres du mari (art. 1280 et 1290).

Nous trouvons dans l'article 179 une application de cette règle. Le mari qui autorise sa femme à faire le commerce l'autorise par là même à faire tous les actes relatifs à son négoce : donc, lorsqu'elle contracte une obligation comme marchande publique, c'est en réalité comme *autorisée de son mari* qu'elle la contracte. Aussi la loi déclare-t-elle que, si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, le mari est alors tenu de cette obligation comme la femme elle-même (1). Et rien n'est plus juste ! Les bénéfices que la femme retire de son commerce tombent dans

---

jusqu'à concurrence de son émolument. Or quand la femme commune en biens fait le commerce, elle le fait pour le compte de la communauté et elle oblige son mari. Il est vrai qu'elle s'oblige elle-même, mais il me paraît clair qu'elle ne s'oblige que comme commune, puisque c'est en cette qualité qu'elle fait le commerce. Dans ce cas, le commerce est réellement celui de son mari car le mari est le chef de la communauté.

(1) Disposition reproduite dans l'art. 5 du C. de comm.

(a) Nous n'avons pas cet article.

l'actif de la communauté ; or, si les chances de gain sont *communes*, l'équité demande évidemment que les chances de perte ne restent pas exclusivement à la charge de la femme : *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet (a).*

[[Dans la cause de *May v. Cochrane* (20 R. L., p. 410), la cour de revision a jugé que le mari qui permet à sa femme commune en biens avec lui, de faire commerce, ne peut, après qu'il a retiré son autorisation, répudier les engagements qu'elle a contractés avec des personnes qui faisaient affaires avec elle lors de cette autorisation, et qui n'ont pas reçu avis du retrait de l'autorisation *(b).* Dans la cause de *The Metropolitan Manufacturing Co. v. Langridge* (34 L. C. J., p. 231), il a été décidé que lorsqu'un mari et une femme communs en biens vivent séparés de consentement mutuel et que la femme, bien qu'elle reçoive de son mari une pension alimentaire, assume les fonctions de marchande publique à son insu et sans son autorisation, le mari n'est pas responsable de contrats faits par elle en cette qualité avec des personnes qui étaient au fait de cette séparation.]]

Fallait-il aller jusqu'à dire que le mari, dans le cas où sa femme a contracté des engagements emportant *contrainte par corps*, sera lui-même contraignable par cette voie ? L'affirmative était suivie dans notre ancien droit. De nos jours, la négative est généralement admise. Si la femme qui contracte comme marchande publique s'oblige *par corps*, c'est que, quant à elle, la dette a une cause *commerciale*. Mais son mari n'est point *commerçant ;* ce n'est point en cette qualité qu'il est tenu. S'il est obligé, c'est uniquement par l'effet de cette règle d'équité : *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet.* La cause de son obligation est donc *purement civile.* Dès lors, point de contrainte par corps : car, en matière civile, cette voie rigoureuse d'exécution n'est permise que dans certains cas déterminés, et notre hypothèse n'y est point comprise (1) *(c).*

---

(1) La contrainte par corps est aujourd'hui supprimée en matière commerciale comme en matière civile [[en France]] (loi du 22 juillet 1867). [[Elle n'existe pas non plus en ce pays en matières commerciales, sauf le cas du *capias* qui, du reste, ne se limite pas aux dettes commerciales et ne s'applique pas aux femmes (art. 805 C. P. C.),]]

(*a*) Voir la note (*b*), p. 544 *supra*.

(*b*) Voir ce que j'ai dit à ce sujet, *supra*, p. 540.

(*c*) Je laisse ce passage, bien que, dans notre droit, il n'y ait pas de contrainte par corps pour dette commerciale proprement dite, sauf le *capias*, lequel ne peut être pris contre la femme. Il est évident que le mari ne pourrait être contraint par corps que pour son propre fait.

La femme commune oblige la communauté et son mari en même temps qu'elle s'oblige elle-même, lorsqu'elle contracte *comme marchande publique*, c'est-à-dire pour les besoins et à l'occasion du commerce qu'elle fait en son nom et pour son propre compte *(a)*. Il en est différemment " lorsqu'elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari." Ce n'est plus elle alors qui est commerçante, c'est son mari, dont elle n'est, à vrai dire, que la fille de boutique, ou, pour parler plus poliment, le mandataire. Les contrats qu'elle fait en cette qualité sont réputés faits par lui-même, par lui seul, et exclusivement pour son compte. En contractant de cette manière, elle n'oblige que lui, elle ne s'oblige point elle-même.

II. Des effets de l'autorisation de justice. — *En ce qui touche la femme*, l'autorisation *judiciaire* supplée l'autorisation *maritale* ; elle en produit tous les effets, avec la même étendue.

Il en est différemment *quant au mari*. L'autorisation qu'il donne produit dans certains cas des effets contre lui ; l'autorisation de justice, au contraire, ne lui est point opposable et ne peut jamais lui préjudicier.

Ainsi : 1° la femme *commune*, qui oblige son mari et la communauté en même temps qu'elle s'oblige elle-même, lorsqu'elle contracte *avec l'autorisation maritale* (art. 1280-2° et 1290), n'oblige *qu'elle seule*, lorsqu'elle contracte *avec l'autorisation de justice* (art. 1296) *(b)*. — Voy. toutefois deux exceptions dans l'article 1297.

2° Lorsque la femme aliène, *avec l'autorisation maritale*, un bien dont elle a, par son contrat de mariage, attribué la jouissance à son mari, l'aliénation qu'elle fait est valable *quant à la pleine propriété* ; que si, au contraire, elle l'aliène *avec la seule autorisation de justice*, l'aliénation, valable quant à la nue propriété, est nulle et de nul effet quant au droit de jouissance qui appartient à son mari.

En résumé, l'autorisation de justice rend bien la femme capable de s'obliger valablement, elle et sa propre fortune ; mais sans jamais préjudicier aux droits que le mari peut, en vertu du contrat de mariage, avoir sur ses biens.

(a) Voir, cependant la note (b) p. 544, *supra*.

(b) Voyez, dans ce sens, la cause de *Augé et al v. Daoust*, citée *supra*, p. 528.

§ IX. — *Des effets du défaut d'autorisation.*

Selon notre ancien droit [[comme d'après le code]], l'acte émané d'une femme mariée, non autorisée, [[est]] radicalement *nul*. De là cette double conséquence :

I. Il [[n'est]] susceptible d'aucune ratification ou confirmation. — Nul *ab initio*, il [[est]] nul à perpétuité : on ne ratifie pas le néant.

II. Toute personne intéressée [[a]] qualité pour en demander la nullité : car ce qui est *nul* n'existe pour personne ! la nullité [[peut]] donc être demandée par le mari, par la femme, et par les tiers qui [[ont]] contracté avec elle.

En d'autres termes, la nullité résultant du défaut d'autorisation [[est]] PERPÉTUELLE et ABSOLUE.

[[C'est ce que l'article 183 énonce en ces termes :

" Le défaut d'autorisation du mari, dans les cas où elle est " requise, comporte une nullité que rien ne peut couvrir et dont " se peuvent prévaloir tous ceux qui y ont un intérêt né et " actuel."

Il n'en est pas ainsi aujourd'hui en France. L'article 225 du code Napoléon, en effet, dit que " la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par son mari, ou par leurs héritiers."

Il existe donc, entre notre droit et le droit français, une différence essentielle à ce sujet. Dans le droit français, l'acte fait sans autorisation par une femme mariée, au lieu d'être *nul*, comme dans notre droit, n'est qu'*annulable*.

Il s'en suit que bien que cet acte soit vicieux *ab initio*, en France, il peut devenir valable par une confirmation ou ratification postérieure. Au contraire, en ce pays, l'acte fait par la femme sans autorisation est nul *ab initio* et n'est pas susceptible de ratification ou de confirmation.

Autre différence : en France, la nullité n'est que relative, ici, elle est absolue et peut être opposée, dit l'article 183, par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel.

Quelques arrêts de nos tribunaux peuvent être cités pour caractériser cette nullité *(a)*. Ainsi, dans la cause de *Rousseau v. The Royal Insurance company* (M. L. R., 1 S. C., p. 395), la cour supérieure a jugé qu'une femme, commune en biens et sous

---

(*a*) Au reste, voir les arrêts cités ci-dessus, pp. 512, 513, 524, 525.

puissance de mari, ne peut valablement faire assurer les meubles de son ménage sans l'autorisation de son mari, et que le fait de n'avoir pas ainsi déclaré son état à la compagnie, rend nulle la police. La même doctrine a été affirmée dans une espèce semblable par les juges Strong, Taschereau et Gwynne de la cour suprême dans la cause de *Boyce & The Phenix Mutual Life Insurance Co.* (14 *Supreme Court Reports*, p. 723).

On a de plus jugé que le billet à ordre consenti par la femme sans l'autorisation de son mari est nul. *Norris v. Condon*, *Casault*, J. (14 Q. L. R., p. 1.).

Mais en cour de revision, dans cette meme cause, le juge Stuart a émis l'opinion qu'une femme mariée peut agir seule comme l'agent de son mari dans une matière dans laquelle lui seul a intérêt et que, dans ce cas, l'acte de la femme est en réalité l'acte du mari (14 Q. L. R., p. 184). Je puis ajouter que cela ne souffre aucun doute ; la seule objection à l'exercice de la qualité de mandataire par la femme disparaît lorsque c'est son mari lui-même qui lui confère cette qualité.

L'article 183 dit que la nullité y prononcée peut être invoquée par tout ceux qui y ont un intérêt né et actuel. Cette disposition semble exclure l'intérêt purement moral. C'est ainsi, du reste, que le juge Andrews l'a interprétée dans la cause de *Letourneau v. Blouin et al.* (R. J. Q., 2 C. S., p. 425). Il y a décidé que le mari séparé de corps n'a pas d'action pour faire prononcer la nullité de la vente faite par sa femme, sans son autorisation ou celle de la justice, d'un immeuble qui lui appartient, s'il n'a pas un intérêt né et actuel ; que l'*intérêt né et actuel* de l'article 183 du code civil est un intérêt pécuniaire immédiat et qu'un simple intérêt moral, comme celui de faire respecter son autorité maritale, ou un intérêt pécuniaire éventuel, comme celui résultant du danger que sa femme revienne plus tard réclamer de lui une pension alimentaire, n'est pas un intérêt suffisant aux termes de l'article 183.

On pourrait objecter que s'il faut un intérêt pécuniaire imméiat pour que le mari puisse demander la nullité d'un acte fait par sa femme sans autorisation, le mari n'attaquera jamais cet acte. En effet, on ne conçoit pas que le mari puisse être préjudicié par un semblable acte. Si, par exemple, dans le cas de l'aliénation, le mari à la jouissance de l'immeuble aliéné par sa femme, il conservera cette jouissance malgré l'aliénation. On pourrait dire, dans le cas d'une succession mobilière échue à la femme et dont la communauté aurait profité sans la rénoncia-

tion non autorisée de cette dernière, que le mari est intéressé à demander la nullité de cette renonciation, mais, comme il ne peut forcer sa femme d'accepter la succession ou l'accepter à sa place, on ne voit guère que l'intérêt pécuniaire existe même dans ce cas. Cependant, les termes de l'article 183 favorisent l'interprétation du juge Andrews, car on n'y fait aucune distinction entre le mari et les autres intéressés. On peut également tirer argument de la disposition de l'article 152 qui, en permettant aux époux, dont l'intérêt est purement moral, de demander la nullité du mariage contracté en contravention aux articles 124, 125 et 126, a soin de leur donner cette action nommément et de distinguer leur cas de celui des autres intéressés dont l'intérêt doit être né et actuel (art. 155). Si le législateur avait voulu reconnaître l'intérêt purement moral du mari, dans ce cas, il l'aurait déclaré, comme dans l'espèce prévue par l'article 152, en termes formels.

CHAPITRE VII. — De la dissolution du mariage.

§ I. — *De la dissolution par la mort naturelle.*

L'article 185 énonce la règle générale qui domine cette matière comme suit :

185. — " Le mariage ne se dissout que par la mort naturelle " de l'un des conjoints; tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est " indissoluble."

Cette règle est d'une importance capitale, elle donne l'expression de la véritable doctrine et de l'ancien droit français et du droit canon. La seule cause de dissolution du mariage que prévoie notre droit civil, c'est la *mort naturelle* de l'un des conjoints.

Donc, la *mort civile* du conjoint n'amenera pas la dissolution du mariage. Toutefois, elle produira une sorte de dissolution, mais cette dissolution sera sans effet quant au lien matrimonial, car l'article 36 dit que le mariage que la personne morte civilement avait contracté précédemment " est pour l'avenir dissous quant " aux effets civils seulement."

L'absence, non plus, quelque prolongée qu'elle soit, ne dissout pas le mariage (art. 108). Elle n'affecte que certains effets civils, non nécessairement du mariage, mais des conventions qui le précèdent ou sont censées le précéder. Ainsi, elle amène la dissolution provisoire et, si elle dure assez, la dissolution définitive de la communauté de biens qui a pu exister entre les conjoints.

§ II. — *De la dissolution du mariage par le divorce.*

En abordant cette question délicate, je dois déclarer que, comme catholique, je tiens le mariage valablement contracté indissoluble pendant la vie de l'un et l'autre des conjoints. Telle est la doctrine du droit canon et un catholique ne peut pas, en conscience, prétendre le contraire. Toutefois, je suis appelé à discuter la validité du divorce accordé par le parlement fédéral. J'analyserai avec soin les arguments qu'on invoque de part et d'autre et la conclusion à laquelle j'en arriverai, au point de vue seul des lois positives politiques qui nous régissent, fera voir que, en cette province, et pour ce qui concerne les catholiques divorcés qui voudraient se remarier, le principe posé par le droit canon, et enseigné par l'Église catholique reste entier, inattaquable et indiscutable.

Remarquons d'abord que le juge Loranger enseigne (nº 474) que, lorsqu'un divorce a été prononcé en ce qu'il appelle pays de divorce, comme l'Angleterre et les États-Unis, entre conjoints y domiciliés, la loi civile reconnaîtra la capacité de ces conjoints de contracter un nouveau mariage dans la province de Québec, car, dit-il, la capacité des conjoints de contracter mariage doit être jugée d'après les lois de leur domicile.

Dans la cause de *Stephens & Fisk* (8 L. N., p. 42 et *Cassels' Digest*, p. 235), la cour suprême a fait l'application de ce principe. Elle a jugé qu'un divorce prononcé dans l'État de New-York devait être reconnu ici.

Je dois maintenant examiner la question autrement grave de la validité ou de l'invalidité des divorces prononcés par le parlement fédéral. Aux termes mêmes de notre constitution politique, l'*Acte de l'Amérique Britannique du Nord*, article 91, § 26, le parlement fédéral a juridiction sur "*le mariage et le divorce*" *(a)*.

(*a*) J'ai exprimé l'opinion plus haut, p. 340, note (*b*), que ces mots doivent s'entendre du mariage *en rapport avec le divorce*. Une sérieuse considération de la question et une consciencieuse étude de la jurisprudence du conseil privé sur l'interprétation de notre constitution politique, m'ont convaincu que telle n'a pas été l'intention des auteurs de cette constitution. Ils ont voulu donner au parlement fédéral juridiction et sur le mariage et sur le divorce. Chose curieuse à remarquer, cependant, on ne s'est jamais adressé au parlement fédéral pour faire valider des mariages affectés des empêchements portés par le code civil. De telles demandes ont été faites à la législature de Québec. Voir ci-dessus, p. 365, note (*a*), une liste de ces lois.

D'un autre côté, d'après l'article 92, §§ 12 et 13, les législatures ont juridiction sur "*la célébration du mariage dans la pro-" "vince, la propriété et les droits civils dans la province.*"

Les partisans de la validité des divorces prononcés par le parlement fédéral disent que le texte est formel, que le parlement a reçu le pouvoir de porter des lois sur le divorce sans aucune condition et que, du reste, il ne fait qu'exercer une juridiction que la législature du Canada-Uni a exercée avant lui. L'*Acte de l'Amérique Britannique du Nord* ne distingue pas entre les catholiques et les non-catholiques. Sa disposition s'applique à tous les citoyens sans distinction de religion ou de domicile.

Le juge Loranger, n°s 81 et suivants, au contraire, se prononce pour l'invalidité, dans la province de Québec, du divorce accordé par le parlement canadien. J'analyserai avec soin son argumentation.

Le traité de Paris de 1763 a accordé aux habitants de ce pays le libre exercice de leur religion. L'*Acte de Québec* de 1774, qui est une loi constitutionnelle, a soumis toute la population aux lois françaises qui ne reconnaissent pas le divorce. Cet acte a toujours été considéré dans le pays comme ayant les mêmes caractères obligatoires entre le parlement impérial et le Canada que le traité de Paris.

Un traité entre souverains ou entre le souverain et le peuple est obligatoire au même titre qu'un pacte privé fait entre particuliers. Sans le consentement de l'une des parties, l'autre ne peut, sans manquer à la justice, se soustraire à ses obligations. Or le parlement impérial ne pouvait, en 1867, enlever aux habitants du Bas-Canada les privilèges que leur ont accordés le traité de Paris et l'*Acte de Québec*, lesquels leur assuraient la conservation de leur religion et leurs lois civiles. Il ne pouvait le faire, du moins, sans violation de la foi jurée, et cette loi injuste, s'il l'avait portée, n'en aurait pas été une.

Venant ensuite à la considération des termes mêmes du pacte fédéral, le juge Loranger se demande si les mots "le mariage et le divorce" de l'article 91, doivent s'interpréter comme conférant au parlement canadien le pouvoir de modifier les lois du Bas-Canada sur le mariage et le divorce, et d'introduire le divorce en cette province.

Et d'abord, le pouvoir de le faire n'est pas expressément accordé au parlement. Ensuite, le Bas-Canada n'est pas nommément désigné, comme étant spécialement une des provinces de la Puissance où le parlement fédéral pourrait établir le divorce. Donc,

le moins qu'on puisse dire, c'est que cette disposition est douteuse.

Or quand une disposition est douteuse, il faut recourir à l'interprétation. Cette interprétation peut être ou bien restrictive ou extensive, selon que le législateur a dit plus ou moins qu'il ne voulait dire. Or ici il s'agit de l'interprétation restrictive, car la question est de savoir si le législateur, en donnant au parlement canadien, en termes généraux, le pouvoir de législation sur le mariage et le divorce, n'a pas voulu excepter de ce pouvoir général la faculté de modifier les lois du mariage dans le Bas-Canada et d'y établir le divorce.

Pour connaître la volonté du législateur, le savant magistrat met en regard les dispositions des articles 91 et 92 du pacte fédéral que j'ai citées plus haut. Il y a là conflit apparent et si ce conflit ne peut se concilier, il aura pour effet de faire abroger la première disposition par la seconde. Mais ce conflit n'est pas inconciliable, si on cherche la raison de la loi et le but du législateur.

Or, en fédéralisant les provinces du Canada, le but du législateur a été un but politique. Les intérêts généraux des provinces ont été placés sous l'égide du parlement fédéral, leurs intérêts particuliers ont été confiés à leurs législatures. Le droit public ou politique est tombé dans les attributions du parlement, le droit privé ou civil dans celles des législatures. Le mariage, quoiqu'il tienne à l'ordre public à certains égards, est cependant, chez tous les peuples, du domaine du droit privé canonique et civil. Le conflit serait donc décidé en faveur des législatures.

Cependant, ce résultat tendrait à faire déclarer comme non écrite la disposition du § 26 de l'article 91 et pourrait créer de facheuses perturbations. Le juge Loranger adopte, comme terme moyen ou tempérament, la solution que le parlement fédéral pourra établir le divorce dans toutes les provinces où il ne répugne pas à la constitution et aux lois civiles en vigueur lors de la confédération.

Dans la province de Québec, à cette époque, ces lois étaient le traité de Paris et l'*Acte de Québec*, et toute la législation subséquente soumettant tous les habitants du Bas-Canada aux lois françaises. Or le droit français et le catholicisme prohibent le divorce. Doit-on supposer que le parlement impérial avait l'intention de violenter les catholiques établis en cette province, pour lesquels la question de l'indissolubilité du mariage est une question de religion ?

Le juge Loranger conclut donc que le divorce accordé par le parlement fédéral est sans effet pour la province de Québec.

J'ai voulu, à cause de l'importance de la question débattue, résumer fidèlement l'argumentation du savant juge, mais je puis dire que les arguments qu'il donne n'ont pas tous, à mes yeux, une égale valeur ; quelques-uns même ne me paraissent pas pouvoir se concilier avec la jurisprudence de nos tribunaux sur l'interprétation du pacte fédéral.

Cependant, je crois que le juge Loranger laisse entrevoir plutôt qu'il n'énonce un argument qui, à mes yeux, et quant aux mariages des catholiques, aurait une grande force. Je l'exposerai en peu de mots.

L'article VI de la capitulation de Québec se lit comme suit :

Art. VI.—" Que l'exercice de la religion catholique, aposto-
" lique et romaine sera conservé ; que l'on donnera des sauve-
" gardes aux maisons ecclésiastiques, religieux et religieuses,
" particulièrement à Monseigneur l'évêque de Québec, qui, rempli
" de zèle pour la religion et de charité pour les peuples de son
" diocèse, désire y rester constamment, exercer librement et avec
" la décence que son état et les sacrés ministères de la religion
" requièrent, son autorité épiscopale dans la ville de Québec,
" lorsqu'il le jugera à propos, jusqu'à ce que la possession du
" Canada ait été décidée par un traité entre Sa Majesté Très-
" Chrétienne et Sa Majesté Britannique."

Cette demande fut accordée par la réponse suivante :

" Libre exercice de la religion romaine sauvegardé à toutes
" personnes religieuses ainsi qu'à M. l'Evêque, qui pourra venir
" exercer librement et avec décence, les fonctions de son état,
" lorsqu'il le jugera à propos, jusqu'à ce que la possession du
" Canada ait été décidée entre Sa Majesté Britannique et Sa
" Majesté Très-Chrétienne."

Cette garantie fut renouvelée dans la capitulation de Montréal dans les termes qui suivent :

Art. XXVII.—" Le libre exercice de la religion catholique,
" apostolique et romaine subsistera en son entier, en sorte que
" tous les états et le peuple des villes et des campagnes, lieux et
" postes éloignés pourront continuer de s'assembler dans les
" églises et de fréquenter les sacrements comme ci-devant, sans
" être inquiétés en aucune manière, directement ou indirectement.
" Ces peuples seront obligés par le gouvernement anglais à payer
" aux prêtres qui en prendront soin les dîmes et tous les droits
" qu'ils avaient coutume de payer sous le gouvernement de Sa
" Majesté Très-Chrétienne."

Réponse : " Accordé pour le libre exercice de leur religion : " l'obligation de payer les dîmes aux prêtres dépendra de la " volonté du roi. "

Ces stipulations des capitulations furent insérées dans le traité de Paris de 1763, où je trouve l'engagement suivant :

" Sa Majesté Britannique, de son côté, consent d'accorder la " liberté de la religion catholique aux habitants du Canada. Elle " donnera en conséquence les ordres les plus efficaces pour que " ses nouveaux sujets catholiques romains puissent professer le " culte de leur religion, selon les rites de l'Église de Rome, autant " que les lois d'Angleterre le permettent" *(a)*.

Voilà une obligation solennelle consacrée sous la foi des articles des capitulations de Montréal et de Québec, et du traité de paix qui mit fin à la guerre de sept ans. L'Angleterre a renouvelé cet engagement formel dans l'*Acte de Québec* de 1774, dont l'article cinq se lit comme suit :

V. — " Et pour la plus entière sûreté et tranquillité des esprits " des habitants de la dite province, il est par ces présentes déclaré " que les sujets de Sa Majesté professant la religion de l'Église " de Rome dans la dite province de Québec, peuvent avoir, con- " server et jouir du libre exercice de la religion de l'Église de " Rome, soumise à la suprématie du roi, déclarée et établie par " un acte fait dans la première année du règne de la reine Eliza- " beth *(b)*, sur tous les domaines et pays qui appartenaient alors, " ou qui appartiendraient par la suite à la couronne impériale de " ce royaume ; et que le clergé de la dite Église peut tenir, rece- " voir et jouir de ses dus et droits accoutumés, eu égard seule- " ment aux personnes qui professeront la dite religion."

Voilà pour les droits des catholiques. Le libre exercice de la religion catholique et la liberté de cette religion leur sont garantis. Nos plus hauts tribunaux ont maintes fois déclaré, et notamment le conseil privé, dans la cause de *Brown & La fabrique de la paroisse de Notre-Dame de Montréal* (cause Guibord) *(c)*, que les catholiques peuvent réclamer tout le bénéfice des lois de l'Église catholique et que le bienfait de ces lois leur sera, au besoin, accordé par les tribunaux civils.

(*a*) J'ai expliqué le sens ou plutôt le défaut de sens de cette réserve dans mon *Droit Paroissial*, p. 8.

(*b*) J'ai expliqué la portée de cette réserve dans mon *Droit Paroissial*, p. 12. Il me suffira de dire sommairement qu'elle ne peut en rien restreindre le sens des termes formels de cet article.

(*c*) 6 R. L., p. 337 et 20 L. C. J., p. 228.

Or les lois du mariage sont, pour les catholiques, des lois qui ont été portées par l'Église catholique. Une loi fondamentale de cette Église, fondée sur la parole de Notre-Seigneur lui-même qui a dit: *quod Deus conjunxit, homo non separet !* décrète l'indissolubilité du mariage et, partant, l'impossibilité juridique et l'absolueillégalité du divroce. Le mariage est un sacrement pour les catholiques, l'Église seule peut prononcer la nullité de ce sacrement, aucun pouvoir législatif ou judiciaire purement humain ne le peut faire. Le catholique qui contracte mariage, le fait sous l'obligation comme sous la garantie de cette indissolubilité. Si on pouvait violer ces droits, l'exercice de de la religion pour ce catholique et cette religion elle-même ne seraient plus libres. Au pied de l'autel, le catholique a pris un engagement solennel, dont la mort seule de son conjoint devait le libérer, cet engagement était un acte religieux, un sacrement. Ce sacrement et ses effets étaient protégés par les lois formelles que j'ai citées. En le recevant, le catholique a fait exercice de sa religion,et cet exercice étant libre a produit nécessairement tous ses effets. Donc, pendant toute sa vie, le catholique est *lié* et *protégé* par l'indissolubilité du mariage. Si à un moment donné ce sacrement ne doit plus produire ses effets, s'il est permis au parlement fédéral de dire que ce mariage indissoluble, que ce sacrement perpétuel, sera désormais brisé, mis à néant, rompu, alors l'exercice de la religion catholique et cette religion elle-même ne sont plus libres, car une loi fondamentale de cette religion et les garanties que cette loi a données aux époux sont foulées aux pieds. Le libre exercice de la religion catholique ne s'entend pas seulement du droit de prier Dieu dans les églises, il s'entend surtout du droit de recevoir librement les sacrements de l'Église catholique, et comme tout droit suppose un devoir, le parlement impérial, qui a garanti à tout jamais le libre exercice de ce droit, s'est pour toujours, tant que subsistera le libre exercice de ce droit, interdit la faculté de détruire ou de mettre à néant le devoir qui en résulte *(a)*.

Ajoutons que le traité de 1763 est encore en pleine vigueur et que l'*Acte de Québec* de 1774 n'a jamais été abrogé. Sans aller jusqu'à dire que le parlement impérial ne pourra jamais, sous aucune circonstance, violer l'engagement souscrit en ce traite de paix, et abroger l'*Acte de Québec*, il est certain qu'il ne l'a jamais fait. Et on peut ajouter qu'à moins d'une disposition expresse,

---

(*a*) Le *devoir* de l'un des conjoints est le *droit* de l'autre.

non équivoque, on ne peut présumer que le parlement impérial et la nation anglaise qu'il représente ont voulu manquer à la foi jurée. Cette disposition expresse et formelle existe-t-elle? Examinons.

L'article 91 de l'*Acte de l'Amérique Britannique du Nord*, après avoir donné au parlement canadien le pouvoir de porter des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, lui assigne spécialement, parmi les catégories de sujets qui sont de sa compétence, " le mariage et le divorce." Mais ce pouvoir, le parlement canadien ne peut l'exercer contrairement aux lois impériales qui sont en vigueur. En d'autres termes, une loi émanant du parlement impérial, et s'appliquant au Canada, l'emportera sur une loi portée par le parlement canadien dans les limites de sa compétence. Il est vrai que l'*Acte de l'Amérique Britannique du Nord* est une loi impériale, mais l'*Acte de Québec* l'est également, et il ne s'agit que d'interpréter et de concilier, s'il est possible, les deux lois. Il est évident que le parlement anglais n'a pas entendu abroger ni affecter en rien la disposition de l'*Acte de Québec* garantissant le libre exercice de la religion catholique. Tout le monde serait d'accord sur ce point, et il est également clair que si le fait de prononcer le divorce entre deux catholiques affecte le libre exercice du culte catholique ou la liberté de cette religion *(a)*,

(*a*) Là est évidemment toute la difficulté. Les protestants n'envisagent pas cette question de la même manière que les catholiques. Les premiers, pour la plupart, admettent le divorce, les seconds ne peuvent pas le faire. Il ne semblerait que juste, quand il s'agit de déterminer si le fait de prononcer le divorce entre catholiques est un attentat contre la liberté et l'efficacité du culte catholique, de se placer au point de vue des catholiques et de juger cette question à la lumière des lois de leur église. C'est ce que le conseil privé a fait dans l'affaire Guibord. Il s'est demandé si, d'après le droit canon, Guibord avait droit à la sépulture chrétienne, et c'est parce qu'il a résolu cette question affirmativement qu'il a accordé le *mandamus*. " En supposant même, dit le rapport de cette cause, 20 L. C. J., p. " 228, que l'Eglise catholique ne serait qu'une association religieuse " privée et volontaire, reposant sur le consentement de ses membres, " les cours de justice n'en sont pas moins obligées, sur plainte qu'un " des membres de cette société a été lésé dans ses droits dans une " matière mixte, *de s'enquérir des lois en vertu desquelles l'acte en " question a été fait* et de déterminer si le tribunal ou l'autorité " ecclésiastique avait juridiction et a jugé *suivant les lois et la disci- " pline de l'Eglise catholique* qui ont force de loi en la province." Ne pourrait-on pas dire au catholique qui demande le divorce contre son conjoint catholique: " vous catholique, en vous mariant dans l'Eglise catholique, vous avez accepté le principe de l'indissolubilité, vous avez reçu un sacrement indissolubre, vous avez renoncé pour toujours à la faculté de demander le divorce; si nous vous l'accordions, nous foulerions aux pieds une loi essentielle de votre Eglise

le parlement fédéral, en matière de divorce, devra exercer sa juridiction de manière à ne point porter atteinte à cette liberté du culte catholique, et se limiter à prononcer le divorce entre non-catholiques. Car si une loi divorçant deux catholiques a cet effet, le parlement fédéral ne pourra pas plus la passer qu'il ne pourrait, en vertu de son pouvoir général de légiférer sur le mariage, interdire aux catholiques de contracter mariage.

J'ai dit que cet argument a une grande force à mes yeux. Même, au point de vue catholique, il est absolument sans réplique. Je n'attache pas la même importance à l'argument que le juge Loranger tire du fait de la reconnaissance des lois civiles françaises pour la province de Québec. Car outre que cette concession n'a pas été faite dans le traité de Paris, il est clair que le parlement impérial peut déroger à une loi civile française ou donner au parlement canadien le pouvoir de le faire. L'autre argument tiré du fait que les législatures ont seules juridiction sur la propriété et les droits civils, bien que le conseil privé prête à cette expression la même étendue qu'à celle de l'article 8 de l'*Acte de Québec* accordant aux Canadiens l'usage de leurs droits civils *(a)*, me paraît inapplicable, car le parlement impérial a lui-même fait le partage de la législation en matière de mariage, en accordant au parlement le droit de porter des lois sur "le mariage et le divorce," et aux législatures la faculté exclusive de légiférer sur "la célébration du mariage dans la province." Cet argument, s'il avait quelque force, aurait l'effet d'annuler absolument la juridiction du parlement canadien en matière de mariage. Or on ne peut présumer que le législateur a voulu donner d'une main et enlever de l'autre.

Quoiqu'il en soit, cependant, du mérite de cette question, — que je n'ai pas la prétention de trancher *(b)*, — une chose est

que vous avez librement acceptée et qu'en votre qualité de catholique vous êtes encore tenu d'observer ?" Il semble que ce ne serait là qu'une application raisonnable de la doctrine de ce que les anglais appellent l'*estoppel*.

(*a*) Voir la décision de ce tribunal dans la cause de *The Citizens and Queen Insurance Companies & Parsons*, Cartwright, *Cases decided on the British North America Act*. t. Ier, p. 265 ; voir p. 276 du rapport.

(*b*) Je sais que cette question sera diversement appréciée selon le point de vue auquel on l'envisagera, et c'est pour cette raison, et aussi parce que le divorce entre catholiques ne saurait, en cette province, habiliter ces catholiques à contracter un nouveau mariage, que je me contente d'exposer l'argument tiré des droits et devoirs des catholiques. Les non-catholiques ne manqueront pas de me répondre : "le divorce n'oblige pas les conjoints à se remarier, de sorte que si le

certaine. Le conjoint catholique, domicilié en cette province, qui a obtenu un divorce du parlement canadien, ne pourra pas se remarier. En effet, l'article 129 dit qu'aucun fonctionnaire " ne peut être contraint de célébrer un mariage contre lequel " il existe quelque empêchement *d'après les doctrines et croyances " de sa religion, et la discipline de l'Église à laquelle il appar- " tient.*" Donc ce catholique divorcé ne pourra contraindre un prêtre de le marier, et s'il se marie devant un ministre d'un autre culte, son mariage sera nul. Cette disposition est de la compétence exclusive de la législature, puisqu'il s'agit de la célébration du mariage. Donc, le parlement aura beau prononcer le divorce et habiliter l'époux à se remarier : cet époux catholique domicilié en la province de Québec ne pourra plus contracter mariage avant la mort de son conjoint, car il ne s'agit plus d'empêchements existant en vertu de la loi civile, mais d'empêchements qui relèvent des doctrines et des croyances de sa religion et de la discipline de l'Église à laquelle il appartient ; ce sont ces empêchements-là que l'article 129 a en vue. Ajoutons, au surplus, que cette disposition de l'article 129, comme le principe que le catholique ne peut se marier devant un autre prêtre que le propre curé, échappent absolument à la juridiction du parlement fédéral. Ces dispositions regardent la célébration du mariage dans la province et comme telles sont du ressort exclusif des législatures.

J'arrive donc à cette conclusion. Quelle que soit la validité, au point de vue du droit public et constitutionnel, du divorce prononcé par le parlement fédéral entre deux catholiques domiciliés en cette province, validité que j'incline à croire très douteuse, toute loi portée à cette fin par le parlement restera inefficace, en ce qui concerne le droit du catholique de se remarier, tant que ce catholique conservera son domicile en cette province.

---

conjoint ne contracte pas un nouveau mariage, le divorce ne fera pratiquement que détruire les effets civils du mariage existant. Dans le domaine de la conscience, le lien matrimonial subsistera encore et le divorce sera une séparation de corps avec des effets civils plus considérables que ceux qui découlent de la séparation de notre droit. La loi religieuse ne sera foulée aux pieds que si le conjoint divorcé contracte un nouveau mariage, et vous enseignez que cela lui est impossible dans la province de Québec." Je n'admets pas que la loi religieuse ne puisse être violée qu'au cas d'un nouveau mariage. Pour moi, cette réponse est à côté de la question. Le fait accidentel que le catholique n'usera peut-être pas de la faculté qu'on lui accorde, ne peut affecter la validité ou l'invalidité de la loi qui lui confère cette faculté. Au contraire, pour juger cette loi, on doit présumer qu'on lui donnera son plein et entier effet, et alors, au point de vue catholique, elle viole une loi canonique qui, je le répète, est fondamentale.

Le parlement est incapable d'intervenir, il ne peut forcer un prêtre à accorder son ministère au conjoint divorcé qui voudra se remarier. Il ne peut déclarer que le mariage célébré par un ministre protestant dans ce cas sera valide. Tout le sujet de la célébration du mariage et des formes prescrites pour cette célébration échappent à sa juridiction. L'inefficacité de sa loi démontre bien que, dans l'intention des auteurs de la confédération, qui n'ont pas pourvu au conflit qui pourrait s'élever, le pouvoir de porter des lois sur le divorce ne devait pas être employé de manière à porter atteinte à la foi religieuse et à la liberté de conscience des catholiques *(a)*.

(*a*) Depuis la confédération, le parlement canadien a adopté cinquante-quatre lois de divorce. Une seule de ces lois, à ma connaissance, a prononcé le divorce entre des époux catholiques. C'est le statut 57-58 Vict., ch. 129, passe à la session de 1894. Pour des statistiques intéressantes sur ces questions, voir l'excellent ouvrage de M. J. Frémont, *Le divorce et la séparation de corps*, pp. 58 et suivantes.

NOTES SUPPLEMENTAIRES

TITRE—Des absents.

Obligation de l'envoyé provisoire de rendre compte des fruits des biens de l'absent. — A la page 292, *supra*, j'ai exprimé l'opinion, conformément à ce qui me paraît avoir été la doctrine du droit ancien, que, durant l'envoi en possession provisoire, l'envoyé est tenu de rendre compte de tous les fruits des biens de l'absent, si ce dernier revient ou donne de ses nouvelles. Je trouve, cependant, au rapport supplémentaire des codificateurs, p. 360, un passage qui peut mettre cette solution en question. Les codificateurs disent que l'article 13 du projet (l'article 97 de notre code) a " été amendé dans le texte anglais, " qui aurait pu donner lieu à une fausse interprétation au sujet " des fruits et revenus échus depuis l'envoi en possession, nonobs- " tant l'article 18 (l'article 101 de notre code) qui va à dispenser " l'envoyé en possession d'en rendre compte." Le texte primitif de l'art. 13 du projet, version anglaise, disait : " in which case, " the price of such sale is invested, as are also the revenues, as " they become due." Ce texte fut donc modifié en remplaçant les mots : " the revenues, as they become due" par les termes : " all rents, issues and profits accrued."

Les codificateurs paraissent donc avoir été d'avis que l'article 101 dispense l'envoyé en possession provisoire de rendre compte des fruits des biens dont la possession lui a été accordée. Cet article se lit comme suit :

101. — " Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, " même après l'expiration des cent années de vie ou des " trente ans d'absence, tel que porté en l'article 98, il recouvre " ses biens dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui ont " été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi de ce prix."

A première vue, cet article semble susceptible de l'interprétation que les codificateurs lui prêtent, car il paraît s'appliquer à toutes les périodes de l'absence. Cependant, je crois être dans le vrai en soutenant que, malgré les termes " même après l'expiration des cent années de vie ou des trente ans d'absence," cet

36

article doit être restreint au seul cas qu'il spécifie, c'est-à-dire au cas de la possession définitive. En effet, dans l'article 100, le législateur vient de régler l'effet du retour de l'absent ou de la preuve de son existence pendant la période de la possession provisoire. " Si l'absent reparaît," dit cet article, " ou si son existence est prouvée (c'est absolument le même début que celui de " l'art. 101), pendant la possession provisoire, les effets du jugement qui l'a ordonnée cessent." Après avoir réglé ce cas, le législateur s'occupe, dans l'article 101, de la troisième période de l'absence, la possession définitive. D'ailleurs, si l'envoyé provisoire peut s'autoriser des termes de cet article pour refuser de rendre compte des fruits qu'il a perçus, il peut également l'invoquer pour se dispenser d'indemniser l'absent pour les biens qu'il aurait dissipés, et que vaudrait, dans ce cas, le cautionnement qu'il a donné ?

On peut ajouter que si le législateur avait voulu exempter l'envoyé provisoire de l'obligation de rendre compte des fruits des biens de l'absent, il en aurait fait la matière d'une disposition expresse à l'instar des auteurs du code Napoléon. D'ailleurs, l'article 101 est une copie presque textuelle de l'article 132 du code Napoléon ; or personne en France ne songe à appliquer l'article 132 à l'époque de l'envoi provisoire.

Dans notre droit, tout fait voir que l'envoyé provisoire n'est qu'un administrateur, sa possession n'est qu'un dépôt, il doit rendre compte à l'absent de son administration (art. 96). Pour lui attribuer la *propriété* des fruits qu'il perçoit comme administrateur, il aurait fallu une disposition expresse. Or cette disposition manque dans notre code.

Je suis donc d'avis que, malgré ce que les codificateurs disent, l'envoyé provisoire devra rendre compte des fruits des biens de l'absent.

TITRE. — Du mariage

Mariages in extremis. — Mourlon dit, p. 331, *supra*, que la loi tolère les mariages *in extremis* et que les rédacteurs du code Napoléon n'ont pas reproduit la prohibition que la déclaration de 1639 avait portée contre ces mariages *(a)*. J'examinerai cette question en commentant notre article 237, quant à la légitimation des enfants naturels par le mariage

(*a*) Voir le même auteur au même effet, *supra*, p. 379.

subséquent de leur père et mère, car c'est de cet effet civil du mariage que la déclaration de 1639 privait le mariage contracté *in extremis*. Je puis dire, cependant, que la cour d'appel, dans un arrêt rendu en 1857, avant le code, dans la cause de *Scott & Paquet* (4 L. C. J., p. 149) a semblé reconnaître la force obligatoire de cette déclaration. Dans cette même cause, la cour d'appel a jugé qu'une personne atteinte de délire *(delirium tremens)* peut avoir un intervalle lucide et peut, pendant cet intervalle, contracter un mariage valable.

Même titre

Mariage entre un homme et la fille de la sœur de sa femme défunte. — J'ai reproduit, *supra*, p. 340, la disposition du statut fédéral, 45 Vic., ch. 42, qui permet à un homme d'épouser la sœur de sa femme défunte. Je dois ajouter que cette permission a été étendue au mariage contracté avec la fille de cette sœur, par le statut, 53 Vic., ch. 36, passé lui aussi par le parlement fédéral. L'article premier de cette loi se lit comme suit :

1.—" Les lois prohibant le mariage entre un individu et la fille " de la sœur de sa femme défunte, lorsqu'il n'y a violation " d'aucune loi relative à la consanguinité, sont par le présent " abrogées, à l'égard des mariages déjà contractés comme à l'égard " de ceux qui pourraient se contracter à l'avenir et, en ce qui " concerne les premiers, seront réputées n'avoir jamais existé."

L'article 2 de ce statut est au même effet que l'article 2 du statut 45 Vic., ch. 42.

Cette loi va un peu moins loin que l'autre en ce qu'elle laisse subsister l'empêchement résultant de la consanguinité. Quant à son effet pratique, en cette province, je n'ai rien à ajouter à ce que j'ai dit plus haut, p. 342. Notre code civil ne prohibe pas le mariage entre l'oncle et la nièce par alliance (art. 126), mais ce mariage tombe sous la prohibition du droit canon.

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE DES ARTICLES

DU

CODE CIVIL ET DU CODE DE PROCEDURE CIVILE

AVEC

Indication des pages de ce volume où chaque article est expliqué.

CODE CIVIL.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

TABLE

ANALYTIQUE ET ALPHABETIQUE

A

B

E

F

G

H

I

J

L

M

N

O

FIN

Montréal — La Compagnie d'Imprimerie Desaulniers, 22 St Gabriel.